كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع

تأليف

الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي
الملقب بملك العلماء المتوفى سنة ٥٨٧ هجرية

الجزء السادس

الطبعة الثانية
١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م

دار الكتب العلمية
بيروت . لبنان

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ كتاب الكفالة ﴾

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن الكفالة وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم الكفالة وفي بيان ما يخرج به الكفيل عن الكفالة وفي بيان الرجوع بعد الخروج انه هل يرجع أم لا (أما) الركن فهو الايجاب والقبول الايجاب من الكفيل والقبول من الطالب وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الآخر وفي قوله الاول الركن هو الايجاب فحسب (فأما) القبول فليس بركن وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله لما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام أتى بجنازة رجل من الانصار فقال هل على صاحبكم دين فقيل نعم درهمان او ديناران فامتنع من الصلاة عليها فقال سيدنا علي أو أبو قتادة رضي الله عنهما هما علي يا رسول الله فصلى عليها ولم ينقل قبول الطالب ولان الكفالة ضم لغة والتزام المطالبة بما على الاصيل شرعا لا تمليك ألا يرى انه يحتمل الجهالة والتعليق بالشرط والتمليك لا يحتمل ذلك ومعنى الضم والالتزام يتم بايجاب الكفيل فأشبه النذر والدليل عليه أن المريض اذا قال عند موته لورثته اضمنوا عني ما علي من الدين لغرمائي وهم غيب فضمنوا ذلك فهو جائز ويلزمهم وأي فرق بين المريض والصحيح ولهما أن الكفالة ليست بالتزام محض بل فيها معنى التمليك لما نذكر والتمليك لا يتم الا بالايجاب والقبول كالبيع والجواب عن مسئلة المريض نذكره من بعد ان شاء الله تعالى فاذا عرفت أن ركن الكفالة الايجاب والقبول فالايجاب من الكفيل أن يقول أنا كفيل أو ضمين أو زعيم أو غريم أو قبيل أو حميل أو لك على أو لك قبلي أو لك عندي (أما) لفظ الكفالة والضمان فصريحان وكذلك الزعامة بمعنى الكفالة والغرامة بمعنى الضمان قال النبي عليه الصلاة والسلام الزعيم غارم أي الكفيل ضامن وكذلك القبالة بمعنى الكفالة أيضا يقال قبلت به أقبل قبالة وتقبلت به أي كفلت قال الله تعالى أو يأتي بالله والملائكة قبيلا أي كفيلا يكفلوني بما يقول والحميل بمعنى

الحمول

المحمول فعيل بمعنى المفعول كالقتيل بمعنى المقتول وانه ينبئ عن تحمل الضمان وقوله على كلمة ايجاب وكذا قوله الى قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ترك مالا فلورثته ومن ترك دينا فالى وعلى وقوله قبلى ينبئ عن القبالة وهى الكفالة على ماذكرنا وقوله عندى وان كانت مطلقة للوديعة لكنه بقرينة الدين يكون كفالة لان قوله عندى يحتمل اليد و يحتمل الذمة لانها كلمة قرب وحضرة وذلك يوجد فيهما جميعا فعند الاطلاق يحمل على اليد لانه أدنى وعند قرينة الدين يحمل على الذمة أى فى ذمتى لان الدين لا يحتمله الا الذمة (وأما) القبول من الطالب فهو أن يقول قبلت أو رضيت أو هويت أو مايدل على هذا المعنى ثم ركن الكفالة فى الاصل لا يخلو عن أربعة أقسام اما أن يكون مطلقا أو مقيدا بوصف أو معلقا بشرط أو مضافا الى وقت فان كان مطلقا فلا شك فى جوازه اذا استجمع شرائط الجواز وهى مانذكر ان شاء الله تعالى غير انه ان كان الدين على الاصيل حالا كانت الكفالة حالة وان كان الدين عليه مؤجلا كانت الكفالة مؤجلة لان الكفالة بمضمون على الاصيل فتتقيد بصفة المضمون (وأما) المقيد فلا يخلو اما ان كان مقيدا بوصف التأجيل أو بوصف الحلول فان كانت الكفالة مؤجلة فان كان التأجيل الى وقت معلوم بأن كفل الى شهر أو سنة جاز ثم ان كان الدين على الاصيل مؤجلا الى أجل مثله يتأجل اليه فى حق الكفيل أيضا وان سمى الكفيل أجلا أزيد من ذلك أو أنقص جاز لان المطالبة حق الطالب فله أن يتبرع على كل واحد منهما بتأخير حقه وان كان الدين عليه حالا جاز التأجيل الى الاجل المذكور ويكون ذلك تأجيلا فى حقهما جميعا فى ظاهر الرواية وروى ابن سماعة عن محمد أنه يكون تأجيلا فى حق الكفيل خاصة (وجه) هذه الرواية ان الطالب خص الكفيل بالتأجيل فيخص به كما اذا كفل حالا أو مطلقا ثم أخر عنه بعد الكفالة (وجه) ظاهر الرواية ان التأجيل فى نفس العقد يجعل الاجل صفة للدين والدين واحد وهو على الاصيل فيصير مؤجلا عليه ضرورة بخلاف ما اذا كان بعد تمام العقد لان التأجيل المتأخر عن العقد يؤخر المطالبة وقد خص به الكفيل فلا يتعدى الى الاصيل ولو كان الدين على الاصيل مؤجلا الى سنة فكفل به مؤجلا الى سنة أو مطلقا ثم مات الاصيل قبل تمام السنة يحل الدين فى ماله وهو على الكفيل الى أجله وكذا لو مات الكفيل دون الاصيل يحل الدين فى مال الكفيل وهو على الاصيل الى أجله لان المبطل للاجل وجد فى حق أحدهما دون الآخر وان كان التأجيل الى وقت مجهول فان كان يشبه آجال الناس كالحصاد والدياس والنيروز ونحوه فكفل الى هذه الاوقات جاز عند أصحابنا وعند الشافعى رحمه الله لا يجوز (وجه) قوله ان هذا عقد الى أجل مجهول فلا يصح كالبيع (ولنا) أن هذا ليس بجهالة فاحشة فتحملها الكفالة وهذا لان الجهالة لا تمنع من جواز العقد لعينها بل لافضائها الى المنازعة بالتقديم والتأخير وجهالة التقديم والتأخير لا تفضى الى المنازعة فى باب الكفالة لانه يسامح فى أخذ العقد مالا يسامح فى غيره لامكان استيفاء الحق من جهة الاصيل بخلاف البيع ولان الكفالة جوازها بالعرف والكفالة الى هذه الآجال متعارفة ولو كانت الكفالة حالة فاخر الى هذه الاوقات جاز أيضا لما ذكرنا وان كان لا يشبه آجال الناس كمجىء المطر وهبوب الريح فالاجل باطل والكفالة صحيحة لان هذه جهالة فاحشة فلا تتحملها الكفالة فلم يصح التأجيل فبطل وبقيت الكفالة صحيحة وكذا لو كان على رجل دين فأجله الطالب الى هذه الاوقات جاز وان كان ثمن مبيع ولا يوجب ذلك فساد البيع لان تأجيل الدين ابتداء بمنزلة التأخير فى الكفالة وذا لا يؤثر فى البيع فكذا هذا هذا اذا كانت الكفالة مؤجلة فأما اذا كانت حالة فان شرط الطالب الحلول على الكفيل جاز سواء كان الدين على الاصيل حالا أو مؤجلا لما ذكرنا أن المطالبة حق المكفول له فيملك التصرف فيه بالتعجيل والتأجيل ولو كفل حالا ثم أجله الطالب بعد ذلك يتأخر فى حق الكفيل اذا قبل التأخير دون الاصل بخلاف ما اذا كان التأجيل فى العقد لما ذكرنا من الفرق ولو كان الدين على الاصل حالا فأخره الطالب الى مدة وقبله المطلوب جاز التأخير ويكون تأخيرا فى حق الكفيل هذا اذا كانت الكفالة مقيدة بوصف فأما اذا كانت معلقة بشرط فان كان المذكور شرطا سببا لظهور

الحق أو لوجوبه أو وسيلة الى الاداء فى الجملة جاز بأن قال ان استحق المبيع فأنا كفيل لان استحقاق المبيع سبب لظهور الحق وكذا اذا قال اذا قدم زيد فأنا كفيل لان قدومه وسيلة الى الاداء فى الجملة لجواز أن يكون مكفولا عنه أو يكون مضاربة فان لم يكن سببا لظهور الحق ولا لوجوبه ولا وسيلة الى الاداء فى الجملة لا يجوز بأن قال اذا جاء المطر أو هبت الريح أو ان دخل زيد الدار فأنا كفيل لان الكفالة فيها معنى التمليك لما ذكرنا والاصل أن لا يجوز تعليقها بالشرط الا شرطا الحق به تعلق بالظهور أو التوسل اليه فى الجملة فيكون ملائما للعقد فيجوز ولان الكفالة جوازها بالعرف والعرف فى مثل هذا الشرط دون غيره ولو قال ان قتلك فلان أو ان شجك فلان أو ان غصبك فلان أو ان بايعت فلانا فانا ضامن لذلك جاز لان هذه الافعال سبب لوجوب الضمان ولو قال ان غصبك فلان ضيعتك فانا ضامن لم يجز عند أبى حنيفة وأبى يوسف وجاز عند محمد بناء على أن غصب العقار لا يتحقق عند أبى حنيفة وعند محمد يتحقق ولو قال من قتلك من الناس أو من غصبك من الناس أو من شجك من الناس أو من بايعك من الناس لم يجز لا من قبل التعليق بالشرط بل لان المضمون عنه مجهول وجهالة المضمون عنه تمنع صحة الكفالة ولو قال ضمنت لك ما على فلان ان توى جاز لان هذا شرط ملائم للعقد لانه مؤكد لمعنى التوسل الى ما هو المقصود وكذا لو قال ان خرج من المصر ولم يعطك فانا ضامن لما ذكرنا ولو شرط فى الكفالة بالنفس تسليم المكفول به فى وقت بعينه جاز لان هذا تأجيل الكفالة بالنفس الى وقت معلوم فيصح كالكفالة بالمال وكذا سائر أنواع الكفالات فى التعليق بالشرط والتأجيل والاضافة الى الوقت سواء لان الكل فى معنى الكفالة على السواء ولو قال كفلت لك مالك على فلان حالا على أنك متى طلبته فلى اجل شهر جاز واذا طلبته منه فله أجل شهر ثم اذا مضى الشهر فله أن يأخذه متى شاء ولو شرط ذلك بعد تمام الكفالة بالمال حالا لم يجز وله أن يطالبه متى شاء والفرق ان الموجود ههنا كفالتان احداهما حالة مطلقة والثانية مؤجلة الى شهر معلقة بشرط الطلب فاذا وجد الشرط ثبت التأجيل الى شهر فاذا مضى الشهر انتهى حكم التأجيل فيأخذه بالكفالة الحالة هذا معنى قوله فى الكتاب يأخذه متى شاء بالطلب الاول بخلاف ما اذا كان التأجيل بالشرط بعد تمام العقد لان ذلك تعليق التأجيل بالشرط لا تعليق العقد المؤجل بالشرط والتأجيل نفسه لا يحتمل التعليق بالشرط فبطل ألا ترى أنه اذا كفل الى قدوم زيد جاز ولو كفل مطلقا ثم أخر الى قدوم زيد لم يجز لما ذكرنا كذا هذا ولو كفل بنفس المطلوب على انه ان لم يواف به غدا فعليه ما عليه وهو الالف فمضى الوقت ولم يواف به فالمال لازم للكفيل لان هنا كفالتان بالنفس و بالمال الا أنه كفل بالنفس مطلقا وعلق الكفالة بالمال بشرط عدم الموافاة بالنفس فكل ذلك جائز (أما) الكفالة بالنفس فلا شك فيها وكذا الكفالة بالمال لان هذا شرط ملائم للعقد محقق لما شرع له وهو الوصول الى الحق من جهة الكفيل عند تعذر الوصول اليه من قبل الاصيل فاذا لم يوجد الشرط لزمه المال واذا أداه لا يبرأ عن الكفالة بالنفس لجواز ان يدعى عليه مالا آخر فيلزمه تسليم نفسه وكذا اذا قال فعليه ما عليه وعليه الف ولم يسم لان جهالة قدر المكفول به لا تمنع صحة الكفالة و يلزمه جميع الالف لانه أضاف الكفالة الى ما عليه والالف عليه وكذا لو كفل لامرأة بصداقها ان لم يواف الزوج وصداقها وصيف فالوصيف لازم للكفيل لان الكفالة بالوصيف كفالة بمضمون على الاصيل وهو الزوج لان الحيوان يثبت دينا فى الذمة بدلا عما ليس بمال فيلزم الكفيل ولو كفل بنفس رجل وقال ان لم أوافك به غدا فعلى الف درهم ولم يقل الالف التى عليه أو الالف التى ادعيت والمطلوب ينكر فالمال لازم للكفيل عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله لا يلزمه (وجه) قول محمد ان هذا ايجاب المال معلقا بالخطر ابتداء لانه لم توجد الاضافة الى الواجب ووجوب المال ابتداء لا يتعلق بالخطر فاما الكفالة بمال ثابت فتتعلق بالخطر ولم يوجد (وجه) قولهما ان مطلق الالف ينصرف الى الالف المعهودة وهى الالف المضمونة مع ما ان فى الصرف الى ابتداء الايجاب فساد العقد وفى الصرف الى ما عليه صحته فالصرف الى ما فيه صحة العقد أولى ولو كفل بنفسه على أن يوافى به اذا ادعى به فان لم يفعل فعليه الالف التى عليه

جاز

جاز لانه كفل بالنفس مطلقا وعلق الكفالة بالمال بشرط عدم الموافاة بالنفس عند طلب الموافاة وهذا شرط ملائم للعقد لما ذكرنا فاذا طلب منه المكفول له تسليم النفس فان سلم مكانه برئ لانه أتى بما التزم وان لم يسلم فعليه المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة بالنفس عند الطلب ولو قال ائتني به عشية أو غدوة وقال الكفيل أنا آتيك به بعد غد فان لم يأت به في الوقت الذي طلب المكفول له فعليه المال لوجود شرط اللزوم وان أخر المطالبة الى ما بعد غد كما قاله الكفيل فأتى به فهو برىء من المال لانه بالتأخير أبطل الطلب الاول فلم يبق التسليم واجبا عليه وصار كانه طلب منه من الابتداء التسليم بعد غد وقد وجد وبرئ من المال ولو كفل بالمال وقال ان وافيتك به غدا فانا برىء فوافاه من الغد يبرأ من المال في رواية وفي رواية لا يبرأ (وجه) الرواية الاخيرة ان قوله ان وافيتك به غدا فانا برىء تعليق البراءة عن المال بشرط الموافاة بالنفس والبراءة لا تحتمل التعليق بالشرط لان فيها معنى التمليك والتمليكات لا يصح تعليقها بالشرط (وجه) الرواية الاولى ان هذا ليس بتعليق البراءة بشرط الموافاة بل هو جعل الموافاة غاية للكفالة بالمال والشرط قد يذكر بمعنى الغاية لمناسبة بينهما والاول أشبه ولو شرط في الكفالة بالنفس ان يسلمه اليه في مجلس القاضي جاز لان هذا شرط مفيد ويكون التسليم في المصر أو في مكان يقدر على احضاره مجلس القاضي تسليما الى القاضي لما ذكران شاء الله تعالى ولو شرط أن يسلمه اليه في مصر معين يصح التقييد بالمصر بالاجماع الا أنه لا يصح التعيين عند أبي حنيفة وعندهما يصح على ما نذكران شاء الله تعالى ولو شرط ان يدفعه اليه عند الامير لا يتقيد به حتى لو دفعه اليه عند القاضي أو عزل الامير وولي غيره فدفعه اليه عند الثاني جاز لان التقييد غير مفيد ولو كفل بنفسه فان لم يواف به فعليه ما يدعيه الطالب فان ادعى الطالب ألفا فان لم يكن عليه بينة لا يلزم الكفيل لانه لا يلزم بنفس الدعوى شئ فقد أضاف الالتزام الى ما ليس بسبب اللزوم وكذا اذا أقر بها المطلوب لان اقراره حجة عليه لا على غيره فلا يصدق على الكفيل ولو قامت البينة عليها أو أقر بها الكفيل فعليه الالف لان البينة سبب لظهور الحق وكذا اقرار الانسان على نفسه صحيح فيؤاخذ به ولو كفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى شهر فعليه ما عليه فمات الكفيل قبل الشهر وعليه دين ثم مضى الشهر قبل أن يدفع ورثة الكفيل المكفول به الى الطالب فالمال لازم للكفيل ويضرب الطالب مع الغرماء أما لزوم المال فلان الحكم بعد الشرط يثبت مضافا الى السبب السابق وهو عند مباشرة السبب صحيح ولهذا لو كفل وهو صحيح ثم مرض تعتبر الكفالة من جميع المال لا من الثلث (وأما) الضرب مع الغرماء فلاستواء الدينين وكذا لو مات المكفول به ثم مات الكفيل لانه اذا مات فقد عجز الكفيل عن تسليم نفسه فوجد شرط لزوم المال بالسبب السابق هذا اذا كانت الكفالة معلقة بالشرط فاما اذا كانت مضافة الى وقت بان ضمن ما ذاب له على فلان أو ما قضى له عليه أو ما داين فلانا أو ما أقرضه أو ما استهلك من ماله أو ما غصبه أو ثمن ما بايعه صحت هذه الكفالة لانها أضيفت الى سبب الضمان وان لم يكن الضمان ثابتا في الحال والكفالة ان كان فيها معنى التمليك فليست بتمليك محض فجاز أن تحتمل الاضافة ولو قال كلما بايعت فلانا فثمنه على أو ما بايعت أو الذي بايعت يؤاخذ الكفيل بجميع ما بايعه ولو قال ان بايعت أو اذا بايعت أو متى بايعت يؤاخذ بثمن أول المبايعة ولا يؤاخذ بثمن ما بايعه بعدها لان كلمة كل لعموم الافعال وكذا كلمة ما والذي للعموم وقد دخلت على المبايعة فيقتضي تكرار المبايعة ولم يوجد مثل هذه الدلالة في قوله ان بايعت ونظائره والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الكفالة فأنواع بعضها يرجع الى الكفيل وبعضها يرجع الى الاصيل وبعضها يرجع الى المكفول له وبعضها يرجع الى المكفول به ثم منها ما هو شرط الانعقاد ومنها ما هو شرط النفاذ (أما) الذي يرجع الى الكفيل فأنواع (منها) العقل ومنها البلوغ وانهما من شرائط الانعقاد لهذا التصرف فلا تنعقد كفالة الصبي والمجنون لانها عقد تبرع فلا تنعقد ممن ليس من أهل التبرع الا أن الاب أو الوصي لو استدان دينا في نفقة اليتيم وأمر اليتيم أن يضمن المال عنه جاز ولو أمره أن يكفل عنه النفس لم يجز لان ضمان الدين قد لزمه من غير شرط فالشرط

لا يزيده الا تأكيدا فلم يكن متبرعا فاما ضمان النفس وهو تسليم نفس الاب أو الوصى فلم يكن عليه فكان متبرعا فيه فلم يجز (ومنها) الحرية وهى شرط نفاذ هذا التصرف فلا تجوز كفالة العبد محجورا كان أو مأذونا له فى التجارة لانها تبرع والعبد لا يملكه بدون اذن مولاه ولكنها تنعقد حتى يؤاخذ به بعد العتاق لان امتناع النفاذ ما كان لانعدام الاهلية بل لحق المولى وقد زال بخلاف الصبى لانها غير منعقدة منه لعدم الاهلية فلا تحتمل النفاذ بالبلوغ ولو أذن له المولى بالكفالة فان كان عليه دين لم يجز لان اذنه بالتبرع لم يصح وان لم يكن عليه دين جازت كفالته وتباع رقبته فى الكفالة بالدين الا ان يفديه المولى ولا تجوز كفالة المكاتب من الاجنبى لان المكاتب عبد ما بقى عليه درهم على لسان صاحب الشرع عليه الصلاة والسلام وسواء أذن له المولى أو لم يأذن لان اذن المولى لم يصح فى حقه وصح فى حق القن ولكنه ينعقد حتى يطالب به بعد العتاق ولو كفل المكاتب أو المأذون عن المولى جاز لانهما يملكان التبرع عليه وأما صحة بدن الكفيل فليس بشرط لصحة الكفالة فتصح كفالة المريض لكن من الثلث لانها تبرع (وأما) الذى يرجع الى الاصيل فنوعان أحدهما أن يكون قادرا على تسليم المكفول به اما بنفسه واما بنائبه عند أبى حنيفة فلا تصح الكفالة بالدين عن ميت مفلس عنده وعند أبى يوسف ومحمد تصح (وجه) قولهما ان الموت لا ينافى بقاء الدين لانه مال حكمى فلا يفتقر بقاؤه الى القدرة ولهذا بقى اذا مات مليا حتى تصح الكفالة به وكذا بقيت الكفالة بعد موته مفلسا واذا مات عن كفيل تصح الكفالة عنه بالدين فكذا يصح الابراء عنه والتبرع (وجه) قول أبى حنيفة ان الدين عبارة عن الفعل والميت عاجز عن الفعل فكانت هذه كفالة بدين ساقط فلا تصح كما كفل على انسان بدين ولا دين عليه واذا مات مليا فهو قادر بنائبه وكذا اذا مات عن كفيل لانه قائم مقامه فى قضاء دينه (وأما) الابراء والتبرع فهما فى الحقيقة ابراء عن المؤاخذة بسبب المماطلة فى قضاء الدين والتبرع بتخليص الميت عن المؤاخذة بسبب التقصير بواسطة ارضاء الخصم بهبة هذا القدر منه فاما أن يكون ابراء عن الدين وتبرعا بقضائه حقيقة فلا على ما عرف فى الخلافيات والثانى أن يكون معلوما بان كفل ما على فلان فاما اذا قال على أحد من الناس أو بعين أو بنفس أو بفعل فلا يجوز لان المضمون عليه مجهول ولان الكفالة جوازها بالعرف والكفالة على هذا الوجه غير معروفة فاما حرية الاصيل وعقله وبلوغه فليست بشرط لجواز الكفالة لان الكفالة بمضمون ما على الاصل مقدور الاستيفاء من الكفيل وقد وجد أما العبد فلان الدين واجب عليه ويطالب به فى الجملة فاشبه الكفالة بالدين المؤجل وأما الصبى والمجنون فلان الدين فى ذمتهما والولى مطالب به فى الحال ويطالبان أيضا فى الجملة وهو ما بعد البلوغ والافاقة فتجوز الكفالة عن العبد وان كان محجورا وعن الصبى والمجنون الا أن الكفيل لا يملك الرجوع عليهم بما أدى وان كانت الكفالة باذنهم لما نذكر فى موضعه ان شاء الله تعالى وكذا لا يشترط حضرته فتجوز الكفالة عن غائب أو محبوس لان الحاجة الى الكفالة فى الغالب فى مثل هذه الاحوال فكانت الكفالة فيهما أجوز ما يكون (وأما) الذى يرجع الى المكفول له فانواع (منها) أن يكون معلوما حتى انه اذا كفل لاحد من الناس لا تجوز لان المكفول له اذا كان مجهولا لا يحصل ما شرع له الكفالة وهو التوثق (ومنها) أن يكون فى مجلس العقد وانه شرط الانعقاد عند أبى حنيفة ومحمد اذا لم يقبل عنه حاضر فى المجلس حتى ان من كفل لغائب عن المجلس فبلغه الخبر فأجاز لا تجوز عندهما اذا لم يقبل عنه حاضر وعن أبى يوسف روايتان وظاهر اطلاق محمد فى الاصل انها جائزة على قوله الآخر يدل على ان المجلس عنده ليس بشرط أصلا لا شرط النفاذ ولا شرط الانعقاد لان محمدا ربما يطلق الجواز على النافذ فأما الموقوف فنسميه باطلا الا أن يجيز وهذا الاطلاق صحيح لان الجائز هو النافذ فى اللغة يقال جاز السهم اذا نفذ (وجه) قول أبى يوسف الآخر ما ذكرنا فى صدر الكتاب ان معنى هذا العقد لغة وشرعا وهو الضم والالتزام يتم بايجاب الكفيل فكان ايجابه كل العقد والدليل عليه مسئلة المريض (وجه) قولهما ما ذكرنا ان فيه معنى التمليك أيضا والتمليك لا يقوم الا بالايجاب والقبول فكان الايجاب وحده شطر العقد فلا يقف على غائب

عن

عن المجلس كالبيع مع ما انا نعمل بالشبهين جميعا فنقول لشبه الالتزام يحتمل الجهالة والتعليق بالشرط والاضافة الى الوقت ولشبه التمليك لا يقف على غائب عن المجلس اعتبارا للشبهين بقدر الامكان (وأما) مسئلة المريض فقد قال بعض مشايخنا ان جواز الضمان هناك بطريق الايصاء بالقضاء عنه بعد موته لا بطريق الكفالة و يكون قوله اضمنوا عنى ايصاء منه اليهم بالقضاء عنه حتى لو مات ولم يترك شيأ لا يلزم الورثة شئ فعلى هذا لا يلزم و بعضهم أجازوه على سبيل الكفالة ووجهه ما أشار اليه أبو حنيفة عليه الرحمة فى الاصل وقال هو بمنزلة المعبر عن غرمائه وشرح هذه الاشارة والله عز وجل أعلم ان المريض مرض الموت يتعلق الدين بماله و يصير بمنزلة الاجنبى عنه حتى لا ينفذ منه التصرف المبطل لحق الغريم ولو قال أجنبى للورثة اضمنوا الغرماء فلان عنه فقالوا ضمنا يكتفى به فكذا المريض والله عز وجل أعلم (ومنها) وهو تفريع على مذهبهما أن يكون عاقلا فلا يصح قبول المجنون والصبى الذى لا يعقل لانهما ليسا من أهل القبول ولا يجوز قبول وليهما عنهما لان القبول يعتبر ممن وقع له الايجاب ومن وقع له الايجاب ليس من أهل القبول ومن قبل لم يقع الايجاب له فلا يعتبر قبوله (وأما) حرية المكفول له فليست بشرط لان العبد من أهل القبول (وأما) الذى يرجع الى المكفول به فنوعان أحدهما أن يكون المكفول به مضمونا على الاصيل سواء كان دينا أو عينا أو نفسا أو فعلا ليس بدين ولا عين ولا نفس عند أصحابنا الا أنه يشترط فى الكفالة بالعين أن تكون مضمونة بنفسها وجملة الكلام فيه أن المكفول به أربعة أنواع عين ودين ونفس وفعل ليس بدين ولا عين ولا نفس أما العين فنوعان عين هى أمانة وعين هى مضمونة أما العين التى هى أمانة فلا تصح الكفالة بها سواء كانت أمانة غير واجبة التسليم كالودائع ومال الشركات والمضاربات أو كانت أمانة واجبة التسليم كالعارية والمستأجر فى يد الاجير لانه أضاف الكفالة الى عينها وعينها ليست بمضمونة ولو كفل بتسليم المستعار والمستأجر عن المستعير والمستأجر جاز لانهما مضمونا التسليم عليهما فالكفالة أضيفت الى مضمون على الاصيل وهو فعل التسليم فصحت (وأما) العين المضمونة فنوعان مضمون بنفسه كالمغصوب والمقبوض بالبيع الفاسد والمقبوض على سوم الشراء ومضمون بغيره كالمبيع قبل القبض والرهن فتصح الكفالة بالنوع الاول لانه كفالة بمضمون بنفسه ألا ترى انه يجب رد عينه حال قيامه و رد مثله أو قيمته حال هلاكه فيصير مضمونا على الكفيل على هذا الوجه أيضا ولا تصح بالنوع الثانى لان المبيع قبل القبض مضمون بالثمن لا بنفسه ألا ترى أنه اذا هلك فى يد البائع لا يجب عليه شئ ولكن يسقط الثمن عن المشترى وكذا الرهن غير مضمون بنفسه بل بالدين ألا يرى أنه اذا هلك لا يجب على المرتهن شئ ولكن يسقط الدين عن الراهن بقدره (وأما) الفعل فهو فعل التسليم فى الجملة فتجوز الكفالة بتسليم المبيع والرهن لان المبيع مضمون التسليم على البائع والرهن مضمون التسليم على المرتهن فى الجملة بعد قضاء الدين فكان المكفول به مضمونا على الاصيل وهو فعل التسليم فصحت الكفالة به لكنه اذا هلك لا شئ على الكفيل لانه لم يبق مضمونا على الاصيل فلا يبقى على الكفيل ولو استأجر دابة للحمل فكفل رجل بالحمل فان كانت الدابة بعينها لم تجز الكفالة بالحمل وان كانت بغير عينها جازت لان فى الوجه الاول الواجب على الآجر فعل تسليم الدابة دون الحمل فلم تكن الكفالة بالحمل كفالة بمضمون على الاصيل فلم تجز وفى الوجه الثانى الواجب عليه فعل الحمل دون تسليم الدابة فكانت الكفالة بالحمل كفالة بفعل هو مضمون على الاصيل فجازت وعلى هذا اذا كفل بنفس من عليه الحق جاز عند أصحابنا لان الكفالة بالنفس كفالة بالفعل وهو تسليم النفس وفعل التسليم مضمون على الاصيل فقد كفل بمضمون على الاصيل فجاز وكذا اذا كفل برأسه أو بوجهه أو برقبته أو بروحه أو بنصفه والاصل فيه أنه اذا أضاف الكفالة الى جزء جامع كالرأس والوجه والرقبة ونحوها جازت لان هذه الاجزاء يعبر بها عن جملة البدن فكان ذكرها ذكراً للبدن كما فى باب الطلاق والعتاق وكذا اذا أضاف الى جزء شائع كالنصف والثلث ونحوهما جازت لان حكم الكفالة بالنفس وجوب تسليم النفس بثبوت ولاية المطالبة والنفس فى حق وجوب التسليم لا

تتجزأ وذكر بعض ما لا يتجزأ شرعاً ذكر لكله كما فى الطلاق والعتاق واذا أضافها الى اليد أو الرجل ونحوهما من الاجزاء المعينة لاتجوز لان هذه الاعضاء لا يعبر بها عن جميع البدن وهى فى حكم الكفالة متجزئة فلا يكون ذكرها ذكراً لجميع البدن كما فى الطلاق والعتاق ولو قال فى الكفالة بالنفس هو على جاز لان هذا صريح فى التزام تسليم النفس وكذا اذا قال أنا ضامن لوجهه لان الوجه جزء جامع ولو قال أنا ضامن لمعرفته لا تصح لان المعرفة لا تحتمل أن تكون مضمونة على الاصيل ولو قال للطالب أنا ضامن لك لم يصح لان المضمون غير معلوم أصلا ثم ماذكرنا من الكفالة بالنفس والعين والفعل انها صحيحة وماذكرنا من التفريعات عليها مذهب أصحابنا وقال الشافعى رحمه الله انها غير صحيحة (وجه) قوله ان الكفالة أضيفت الى غير محلها فلا تصح ودلالة ذلك ان الكفالة التزام الدين فكان محلها الدين فلم توجد والتصرف المضاف الى غير محله باطل ولان القدرة على تسليم المكفول به شرط جواز الكفالة والقدرة على الاعتاق لا تتحقق (ولنا) قوله عز وجل ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم أخبر الله عز شأنه عن الكفالة بالعين عن الامم السالفة ولم يغيروا الحكيم اذا حكى عن منكر غيره ولان هذا حكم لم يعرف له مخالف من عصر الصحابة والتابعين الى زمن الشافعى رحمه الله فكان الانكار خروجاً عن الاجماع فكان باطلا ولما ذكرنا ان هذه الكفالة أضيفت الى مضمون على الاصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل فتصح أصله الكفالة بالدين وقوله الكفالة التزام الدين ممنوع بل هى التزام المطالبة بمضمون على الاصيل وقد يكون ذلك ديناً وقد يكون عيناً والعين مقدورة التسليم فى حق الاصيل كالدين عبد مقر بالرق فى يد رجل فأخذ منه المولى كفيلا بنفسه فأبق فهو باطل لانه كفل بما ليس بمضمون وكذا لو كفل بعد اباقه لما قلنا وكذا لو ادعى رجل على انسان انه عبده وأنكر المدعى عليه وزعم انه حر وكفل رجل بنفسه حتى لو أقام البينة على أنه عبده فمات المدعى عليه لا شئ على الاصيل لما ذكرنا ولو كان المدعى فى يد ثالث فقال أنا ضامن لك قيمة هذا ان استحقيته صحت الكفالة حتى لو أقام البينة على أنه عبده فمات المدعى عليه فالكفيل ضامن كل قيمته لان باقامة البينة تبين انه كفل بمضمون صبى فى يد رجل يدعى انه ابنه وادعى رجل آخر انه عبده فضمن له انسان فأقام المدعى البينة وقد مات الصبى فالكفيل ضامن لما ذكرنا أنه لما قامت البينة تبين انه كفيل بمضمون وعن محمد فيمن ادعى على انسان انه غصبه عبداً فقبل أن يقيم البينة قال رجل أنا ضامن بالعبد الذى يدعى فهو ضامن حتى يأتى بالعبد فيقيم البينة عليه لانه كفل بمضمون على الاصيل وهو احضاره مجلس القاضى فان هلك واستحقه ببينة فهو ضامن لقيمته لانه تبين انه كفل بمضمون بعين مضمون بنفسه ولو ادعى انه غصبه ألف درهم واستهلكها أو عبداً أو مات فى يده فقال رجل خله فأنا ضامن المال أو لقيمة العبد فهو ضامن يأخذه به من ساعته ولا يقف على اقامة البينة لان بقوله أنا ضامن لقيمة العبد أقر بكون القيمة واجبة على الاصيل فقد كفل بمضمون على الاصيل فلا يقف على البينة بخلاف الفصل الاول لان هناك ما عرف وجوب القيمة باقراره بل باقامة البينة فتوقف عليها والنوع الثانى أن يكون المكفول به مقدور الاستيفاء على الكفيل ليكون العقد مفيداً فلا تجوز الكفالة بالحدود والقصاص لتعذر الاستيفاء من الكفيل فلا تفيد الكفالة فائدتها وههنا شرط ثالث لكنه يخص الدين وهو أن يكون لازماً فلا تصح الكفالة عن المكاتب لمولاه ببدل الكتابة لانه ليس بدين لازم لان المكاتب يملك اسقاط الدين عن نفسه بالتعجيز لا بالكسب بمضمون وتجوز الكفالة بنفس من عليه القصاص فى النفس ومادونها وبحد القذف والسرقة اذا طلبها المطلوب فأعطاه بها كفيلا بلا خلاف بين أصحابنا وهو الصحيح لانه كفالة بمضمون على الاصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل فتصح كالكفالة بتسليم نفس من عليه الدين وانما الخلاف انه اذا امتنع من اعطاء الكفيل عند الطلب هل يجبره القاضى عليه قال أبو حنيفة لا يجبره وقال أبو يوسف ومحمد يجبره (وجه) قولهما ان نفس من عليه القصاص والحد مضمون التسليم عليه عند الطلب كنفس من عليه الدين ثم تصح الكفالة بنفس من عليه الدين ويجبر عليها عند الطلب فكذا هذا ولابى حنيفة ان الكفالة شرعت

وثيقة والحدود مبناها على الدرء فلا يناسبها التوثيق بالجبر على الكفالة ولا يلزمه الحبس في الحدود والقصاص قبل تزكية الشهود والحبس توثيق لان الحبس للتهمة لا للتوثيق لان شهادة شاهدين أو شاهد واحد لا تخلو عن ايراث تهمة فكان الحبس لاجل التهمة دون التوثيق ويجوز الجبر على اعطاء الكفيل في التعزير لانه لا يحتال لدرئه لكونه حق العبد (وأما) الدين فتصح الكفالة به بلا خلاف لانه مضمون على الاصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل والنوع الثانى أن يكون المكفول به مقدور الاستيفاء من الكفيل ليكون العقد مفيداً فلا تجوز الكفالة بالحدود والقصاص لتعذر الاستيفاء من الكفيل فلا تفيد الكفالة فائدتها وههنا شرط ثالث لكنه يخص الدين وهو أن يكون لازماً فلا تصح الكفالة عن المكاتب لمولاه ببدل الكتابة لانه ليس بدين لازم لان المكاتب يملك اسقاط الدين عن نفسه بالتعجيز لا بالكسب فلو أجزنا الكفالة ببدل الكتابة لكان لا يخلو (اما) ان يملك الكفيل اسقاطه عن نفسه كما يملك الاصيل (واما) ان لا يملك فان ملك لا تفيد الكفالة وان لم يملك لم يكن هذا التزام ما على الاصيل فلا يتحقق التصرف كفالة ولانا لو أجزنا هذه الكفالة لكان الدين على الكفيل ألزم منه على الاصيل لان المكاتب اذا مات عاجزاً بطل عنه الدين ولو مات الكفيل عاجزاً مفلساً لم يبطل عنه الدين فكان الحق على الكفيل ألزم منه على الاصيل وهذا خلاف ما توجبه الاصول ولان الكفالة جوازها بالعرف فلا تجوز فيما لا عرف فيه ولا عرف في الكفالة ببدل الكتابة وكذا لا تجوز الكفالة عن المكاتب لمولاه بسائر الديون سوى دين الكتابة لان غيره من الديون انما وجب للمولى عليه بمشيئته ألا ترى أنه لولا لزوم الكتابة عليه لما وجب عليه دين آخر فكان دين الكتابة أصلا لوجوب دين آخر عليه فلما لم تجز الكفالة بالاصل فلان لا تجوز بالفرع أولى وأحرى ولا تجوز الكفالة ببدل السعاية عند أبي حنيفة وعندهما تجوز بناء على أن المستسعى بمنزلة المكاتب عنده وعندهما بمنزلة حر عليه دين وكون المكفول به معلوم الذات في أنواع الكفالات أو معلوم القدر في الدين ليس بشرط حتى لو كفل بأحد شيئين غير عين بأن كفل بنفس رجل أو بما عليه وهو ألف جاز وعليه أحدهما أيهما شاء لان هذه جهالة مقدورة الدفع بالبيان فلا تمنع جواز الكفالة وكذا اذا كفل بنفس رجل أو بما عليه أو بنفس رجل آخر أو بما عليه جاز ويبرأ بدفع واحد منهما الى الطالب ولو كفل عن رجل بما لفلان عليه أو بما يدركه في هذا البيع جاز لان جهالة قدر المكفول به لا تمنع صحة الكفالة قال الله تعالى جل شأنه ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم أجاز الله تعالى عز شأنه الكفالة بحمل البعير مع أن الحمل يحتمل الزيادة والنقصان والله عز وجل أعلم ولو ضمن رجل بالعهدة فضمانه باطل عند أبي حنيفة وعندهما صحيح (وجه) قولهما ان ضمان العهدة في متعارف الناس ضمان الدرك وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع وذلك جائز بلا خلاف بين أصحابنا ولابي حنيفة رحمه الله أن العهدة تحتمل الدرك وتحتمل الصحيفة وهو الصك وأحدهما وهو الصك غير مضمون على الاصيل فدارت الكفالة بالعهدة بين ان تكون بمضمون وغير مضمون فلا تصح مع الشك فلم يكن عدم الصحة عنده لجهالة المكفول به بل لوقوع الشك في وجود شرط الجواز وهو كونه مضموناً على الاصيل وضمان الدرك هو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع واذا استحق المبيع يخاصم المشترى البائع أولا فاذا قضى عليه بالثمن يكون قضاء على الكفيل وله أن يأخذ من أيهما شاء وليس له أن يخاصم الكفيل أولا في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف انه قال الكفيل يكون خصما هذا اذا كان المبيع ما سوى العبد فان كان عبداً فظهر انه حر بالبينة فللمشترى أن يخاصم أيهما شاء بالاجماع ولو انفسخ البيع بينهما بما سوى الاستحقاق بالرد بالعيب أو بخيار الشرط أو بخيار الرؤية لا يؤاخذ به الكفيل لان ذلك ليس من الدرك ولو أخذ المشترى رهنا بالدرك لا يصح بخلاف الكفالة بالدرك والفرق عرف في موضعه ولو بنى المشترى في الدار بناء ثم استحقت الدار ونقض عليه البناء فللمشترى أن يرجع على بائعه بالثمن وبقيمة بنائه مبنياً اذا سلم النقض الى البائع وان لم يسلم لا يرجع عليه الا بالثمن خاصة في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف أنه يرجع عليه بالثمن وبقيمة البناء والتالف ولو سلم النقض

الى البائع وقضى عليه بالثمن وقيمة البناء مبنيا له ان يأخذ أيهما شاء بالثمن و يأخذ البائع بقيمة البناء فى ظاهر الرواية وذكر الطحاوى أنه يأخذ أيهما شاء بهما جميعاً ان شاء أخذهما من البائع وان شاء أخذهما من الكفيل بالدرك ثم يرجع الكفيل على البائع ان كانت الكفالة بأمره جعل الطحاوى قيمة البناء بمنزلة الثمن وهو غير سديد لان المفهوم من الدرك ضمان المشترى فى متعارف الناس فلا تكون قيمة البناء داخلة تحت الكفالة بالدرك وكذلك لو كان المبيع جارية فاستولدها المشترى ثم استحقها رجل وأخذ منه قيمة الجارية وقيمة الولد والعقر فان المشترى يأخذ الثمن من أيهما شاء ولا يؤاخذ الكفيل بقيمة الولد وللمشترى أن يأخذ قيمة الولد من البائع خاصة لانه لم يدخل تحت الكفالة بالدرك والله عز وجل أعلم ولو كفل بماله على فلان فقامت البينة عليه بألف ضمنها الكفيل لانه تبين انه كفل بمضمون على الاصيل وان لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه فى مقدار ما يقر به أما القول قوله فى المقر به لانه مال لزم بالتزامه فيصدق فى القدر الملتزم كما اذا أقر على نفسه بمال مجهول وأما اليمين فلانه منكر الزيادة والقول قول المنكر مع يمينه فى الشرع ولو أقر المكفول عنه بأكثر مما أقر به لم يصدقه على كفيله لان اقرار الانسان حجة فى حق نفسه لا فى حق غيره لانه مقر فى حق نفسه مدع فى حق غيره ولا يظهر صدق المدعى الا بحجة

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم الكفالة فنقول وبالله التوفيق للكفالة حكمان أحدهما ثبوت ولاية مطالبة الكفيل بما على الاصيل عند عامة مشايخنا ويطرد هذا الحكم فى سائر أنواع الكفالات لان الكل فى احتمال هذا الحكم على السواء وانما يختلف محل الحكم من العين والدين والفعل فيطالب الكفيل بالدين بدين واجب على الاصيل لا عليه فالدين على واحد والمطالب به اثنان غير أن الكفيل ان كان واحدا يطالب بكل الدين وان كان به كفيلان والدين ألف يطالب كل واحد منهما بخمسمائة اذا لم يكفل كل واحد منهما عن صاحبه لانهما استويا فى الكفالة والمكفول به يحتمل الانقسام فينقسم عليهما فى حق المطالبة كما فى الشراء ويطالب الكفيل بالنفس باحضار المكفول بنفسه ان لم يكن غائباً وان كان غائبا يؤخذ الكفيل الى مدة يمكنه احضاره فيها فان لم يحضر فى المدة ولم يظهر عجزه للقاضى حبسه الى أن يظهر عجزه له فاذا علم القاضى ذلك بشهادة الشهود أو غيرها أطلقه وأنظره الى حال القدرة على احضاره لانه بمنزلة المفلس لكن لا يحول بين الطالب والكفيل بل يلازمه من الطالب ولا يحول الطالب أيضاً بينه وبين أشغاله ولا يمنعه من الكسب وغيره ويطالب الكفيل بالعين بتسليم عينها ان كانت قائمة ومثلها أو قيمتها ان كانت هالكة ويطالب الكفيل بتسليم العين وبالفعل بهما وقال بعض مشايخنا ان حكم الكفالة بالدين وجوب أصل الدين على الكفيل والمطالبة مرتب عليه فيطالب الكفيل بدين واجب عليه لا على الاصيل كما يطالب الاصيل بدين عليه لا على الكفيل فيتعدد الدين حسب تعدد المطالبة وبه أخذ شيخه الامام الشافعى رحمه الله وزعم أن هذا يمنع من صحة الكفالة بالاعيان المضمونة والنفس والفعل لان هذا الحكم لا يتحقق فى الكفالة بغير الدين وهذا غير سديد لان الكفالات أنواع لكل نوع حكم على حدة فانعدام حكم نوع منها لا يدل على انعدام حكم نوع آخر فأما براءة الاصيل فليس حكم الكفالة عند عامة العلماء والطالب بالخيار ان شاء طالب الاصيل وان شاء طالب الكفيل الا اذا كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل لانها حوالة معنى أو كانت مقيدة بما عليه من الدين لانها فى معنى الحوالة أيضاً وقال ابن أبى ليلى ان الكفالة توجب براءة الاصيل والصحيح قول العامة لان الكفالة تنبئ عن الضم وهو ضم ذمة الى ذمة فى حق المطالبة بما على الاصيل أو فى حق أصل الدين والبراءة تنافى الضم ولان الكفالة لو كانت مبرئة لكانت حوالة وهما متغايران لان تغاير الاسامى دليل تغاير المعانى فى الاصل وأيهما اختار مطالبته لا يبرأ الآخر بل يملك مطالبته فرق بين هذا وبين غاصب الغاصب ان للمالك أن يضمن أيهما شاء فاذا اختار تضمين أحدهما لا يملك اختيار تضمين الآخر (ووجه) الفرق أن المضمونات تملك عند اختيار الضمان فاذا اختار تضمين أحدهما فقد هلك المضمون فلا يملك الرجوع عنه وهذا المعنى هنا معدوم لان اختيار الطالب مطالبة أحدهما بالمضمون

لا يتضمن ملك المضمون فهو الفرق وكذا فرقوا بين هذا وبين العبد المشترك بين اثنين أعتقه أحدهما وهو موسر حتى يثبت للشريك الساكت اختيار تضمين المعتق واستسعاء العبد فاختيار أحدهما يبطل اختيار الآخر لانه لما اختار الضمان صار نصيبه منقولا الى المعتق عند اختياره لان المضمونات تملك عند اختيار الضمان فلو اختار الاستسعاء يسعى وهو رقيق وانما يعتق كله باداء السعاية وبينهما تناف ولا تنافي ههنا لان الطالب لا يملك المضمون باختيار المطالبة فيملك مطالبة الآخر والثانى ثبوت ولاية مطالبة الكفيل الاصيل اذا كانت الكفالة بأمره فى الانواع كلها ثم اذا كانت الكفالة بالنفس فطالب الكفيل بتسليم نفسه الى الطالب اذا طالبه وان كانت بالعين المضمونة يطالب بتسليم عينها اذا كانت قائمة وتسليم مثلها أو قيمتها اذا كانت هالكة اذا طولب به وان كانت بفعل التسليم والحمل يطالب بهما وان كانت بدين يطالبه بالخلاص اذا طولب فكما طولب الكفيل طالب هو المكفول عنه بالخلاص وان حبس فله ان يحبس المكفول عنه لانه هو الذى أوقعه فى هذه العهدة فكان عليه تخليصه منها وان كانت الكفالة بغير أمره فليس للكفيل حق ملازمة الاصيل اذا لوزم ولا حق الحبس اذا حبس وليس له أن يطالب بالمال قبل أن يؤدى هو وان كانت الكفالة بأمره لان ولاية المطالبة انما تثبت بحكم القرض والتمليك على ما نذكره وكل ذلك يقف على الاداء ولم يوجد بخلاف الوكيل بالشراء ان له ولاية مطالبة الموكل بالثمن بعد الشراء قبل أن يؤدى هو من مال نفسه لان هناك الثمن يقابل المبيع والملك فى المبيع كما وقع وقع للموكل فكان الثمن عليه فكان له أن يطالبه به وهنا المطالبة بسبب القرض أو التمليك ولم يوجد هنا واذا أدى كان له أن يرجع عليه اذا كانت الكفالة بأمره لان الكفالة بالامر فى حق المطلوب استقراض وهو طلب القرض من الكفيل والكفيل باداء المال مقرض من المطلوب ونائب عنه فى الاداء الى الطالب وفى حق الطالب تمليك ما فى ذمة المطلوب من الكفيل بما أخذ منه من المال والمقرض يرجع على المستقرض بما أقرضه والمشترى يملك الشراء بالبيع لا غير هذا

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يخرج به الكفيل عن الكفالة فنقول وبالله التوفيق اما الكفيل بالمال فانما يخرج عن الكفالة بأحد أمرين أحدهما أداء المال الى الطالب أو ما هو فى معنى الاداء سواء كان الاداء من الكفيل او من الاصيل لان حق المطالبة للتوسل الى الاداء فاذا وجد فقد حصل المقصود فينتهى حكم العقد وكذا اذا وهب الطالب المال من الكفيل أو من الاصيل لان الهبة بمنزلة الاداء لما ذكرنا وكذا اذا تصدق به على الكفيل أو على الاصيل لان الصدقة تمليك كالهبة فكان هو وأداء المال سواء كالهبة والثانى الابراء وما هو فى معناه فاذا أبرأ الطالب الكفيل أو الاصيل خرج عن الكفالة غير انه اذا أبرأ الكفيل لا يبرأ الاصيل واذا أبرأ الاصيل يبرأ الكفيل لان الدين على الاصيل لا على الكفيل انما عليه حق المطالبة فكان ابراء الاصيل اسقاط الدين عن ذمته فاذا اسقط الدين عن ذمته يسقط حق المطالبة ضرورة لان المطالبة بالدين ولا دين محال فاما ابراء الكفيل فابراؤه عن المطالبة لا عن الدين اذ لا دين عليه وليس من ضرورة اسقاط حق المطالبة عن الكفيل سقوط أصل الدين عن الاصيل لكن يخرج الكفيل عن الكفالة لان حكم الكفالة حق المطالبة عن الكفيل فاذا اسقط تنتهى الا ان ابراء الاصيل يرتد بالرد وكذا الهبة منه أو التصدق عليه وابراء الكفيل لا يرتد بالرد والهبة منه والتصدق عليه والفرق بين هذه الجملة يعرف فى موضعه ان شاء الله تعالى واذا ارتدت هذه التصرفات برد الاصيل عاد الدين الى ذمته وهل تعود المطالبة بالدين الى الكفيل اختلف المشايخ فيه ولو أبرأ الاصيل أو وهب منه بعد موته فرد ورثته يرتد عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله لا يرتد (وجه) قوله ان هذا بمنزلة ما لو أبرأه حال حياته ثم مات قبل الرد وهناك لا يرتد برد الورثة فكذا هذا ولهما ان أبراءه بعد موته ابراء الورثة لانهم يطالبون بدينه من ماله بعد موته وابراء الورثة يرتد بردهم بخلاف حال الحياة لانهم لا يطالبون بدينه بوجه فاقتصر حكم الابراء عليه فلا يرتد برد الورثة وكذا لو قال الطالب للكفيل برئت الى من المال لان هذا اقرار بالقبض والاستيفاء لانه جعل نفسه غاية لبراءته والبراءة التى هى غايتها

نفسه هى براءة القبض والاستيفاء وبرئا جميعاً لان استيفاء الدين يوجب براءتهما جميعاً فيرجع الكفيل على الاصيل اذا كانت الكفالة بأمره لماذكرنا ولو قال برئت من المال ولم يقل الى فكذلك عند أبى يوسف وهذا وقوله برئت الى سواء عنده وعند محمد يبرأ الكفيل دون الاصيل وهذا وقوله أبرأتك سواء عنده (وجه) قول محمد ان البراءة عن المال قد تكون بالاداء وقد تكون بالابراء فلا تحمل على الاداء الا بدليل زائد وقد وجد ذلك فى الفصل الاول وهو قوله الى لان ذلك ينبئ عن معنى الاداء لماذكرنا ولم يوجد ههنا فتحمل على الابراء لان البراءة حكم الابراء فى الاصل (وجه) قول أبى يوسف ان البراءة المضافة الى المال تستعمل فى الاداء عرفا وعادة فتحمل عليه ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بشرط لان البراءة فيها معنى التمليك والتمليك لا يحتمل التعليق بالشرط ولو أحال الكفيل الطالب بمال الكفالة على رجل وقبله الطالب فالمحتال عليه يخرج عن الكفالة عند أصحابنا الثلاثة وكذا اذا أحاله المطلوب بمال الكفالة على رجل وقبله لان الحوالة مبرئة عن الدين والمطالبة جميعاً عند عامة مشايخنا وعند بعضهم مبرئة عن المطالبة وابراء الكفيل والاصيل مخرج عن الكفالة لماذكرنا وعند زفر لا يخرج الكفيل عن الكفالة بالحوالة لان الحوالة عنده ليست بمبرئة أصلا لما يأتى فى كتاب الحوالة ان شاء الله تعالى وكذلك الكفيل يخرج عن الكفالة بالصلح كما يخرج بالحوالة بان يصالح الكفيل الطالب على بعض المدعى لان الصلح على جنس المدعى اسقاط بعض الحق فكان فيه معنى الابراء وعلى خلاف الجنس معاوضة فكان فى معنى الابراء وكل ذلك يخرج عن الكفالة غير ان فى حالين يبرأ الكفيل والاصيل جميعاً وفى حال يبرأ الكفيل دون الاصيل (اما) الحالتان اللتان برئ فيهما الكفيل والاصيل جميعاً احداهما أن يقول الكفيل للطالب صالحتك من الالف على خمسمائة على انى والمكفول منه برئان من الخمسمائة الباقية ويكون الطالب فى الخمسمائة التى وقع عليها الصلح بالخيار ان شاء أخذها من الكفيل ثم الكفيل يرفع بها على الاصيل وان شاء أخذها من الاصيل والثانية أن يقول صالحتك على خمسمائة مطلقاً عن شرط البراءة أصلا لماذكرنا قبل هذا ان الابراء المضاف الى المال المجرد عن شرط البراءة المضافة الى الكفيل ابراء عن الدين والدين واحد فاذا سقط عن الاصيل سقطت المطالبة عن الكفيل (وأما) الحوالة التى يبرأ الكفيل فيها دون الاصيل فهى أن يقول الكفيل للطالب صالحتك على انى برىء من الخمسمائة وقد بينا الفرق من قبل والطالب بالخيار ان شاء أخذ جميع دينه من الاصيل وان شاء أخذ من الكفيل خمسمائة ومن الاصيل خمسمائة ثم يرجع الكفيل على الاصيل بما أدى ان كان الصلح بأمره (وأما) الكفيل بالنفس فيخرج عن الكفالة بثلاثة أشياء احداها تسليم النفس الى الطالب وهو التخلية بينه وبين المكفول بنفسه فى موضع يقدر على احضاره مجلس القاضى لان التسليم فى مثل هذا الموضع محصل للمقصود من العقد وهو امكان استيفاء الحق بالمرافعة الى القاضى فاذا حصل المقصود ينتهى حكمه فيخرج عن الكفالة ولو سلمه فى صحراء أو برية لا يخرج لانه لم يحصل المقصود ولو سلم فى السوق أو فى المصر يخرج سواء أطلق الكفالة أو قيدها بالتسليم فى مجلس القاضى أما اذا أطلق فظاهر لانه يتقيد بمكان يقدر على احضاره مجلس القاضى بدلالة الغرض وكذا اذا قيد لان التسليم فى هذه الامكنة تسليم فى مجلس القاضى بواسطة ولو شرط أن يسلمه فى مصر معين فسلمه فى مصر آخر يخرج عن الكفالة عند أبى حنيفة وعندهما لا يخرج عنها الا أن يسلمه فى المصر المشروط (وجه) قولهما ان التقييد بالمصر مفيد لجواز أن يكون للطالب بيّنة يقدر على اقامتها فيه دون غيره فكان التعيين مفيدا فيتقيد به (وجه) قول أبى حنيفة رحمه الله ماذكرنا ان المقصود من تسليم النفس هو الوصول الى الحق بالمرافعة الى القاضى وهذا الغرض ممكن الاستيفاء من كل قاض فلا يصح التعيين ولو سلمه فى السواد ولا قاضى فيه لا يخرج عن الكفالة لان التسليم فى مثل هذا المكان لا يصلح وسيلة الى المقصود فكان وجوده وعدمه بمنزلة واحدة ولو شرط أن يدفعه اليه عند الامير فدفعه اليه عند القاضى يخرج عن الكفالة وكذا اذا عزل الامير وولى غيره فدفعه اليه عند الثانى لان التسليم عند كل من ولى ذلك محصل للمقصود فلم يكن التقييد مفيداً فلا يتقيد ولو كفل جماعة بنفس

رجل

رجل كفالة واحدة فأحضره أحدهم برؤا جميعاً وان كانت الكفالة متفرقة لم يبرأ الباقون (ووجه) الفرق ان الداخل تحت الكفالة الواحدة فعل واحد وهو الاحضار وقد حصل ذلك بواحد والداخل تحت الكفالات المتفرقة أفعال متفرقة فلا يحصل باحضار واحد الابراء به فيبرأ هو دون الباقين وليس هذا كما اذا كفل جماعة بمال واحد كفالة واحدة أو متفرقة فأدى أحدهم برئ الباقون لان الدين يسقط عن الاصيل بأداء المال فلا يبقى على الكفيل لما مر والله سبحانه وتعالى أعلم ولو كفل بنفس رجل فان لم يواف به غداً فعليه ما عليه وهو كذا فلق الرجل الطالب فخاصمه الطالب ولازمه فالمال على الكفيل وان لازمه الى آخر اليوم لانه لم يوجد من الكفيل الموافاة به ولو قال الرجل للطالب قد دفعت نفسي اليك عن كفالة فلان يبرأ الكفيل من المال سواء كانت الكفالة بالنفس بأمره أو لا لانه أقام نفسه مقام الكفيل فى التسليم عنه فيصح التسليم كمن تبرع بقضاء دين غيره ان هناك لا يجبر على القبول وهنا يجبر عليه والفرق ان انعدام الجبر على القبول فى باب المال للتحرز عن لحوق المنة المطلوبة من جهة المتبرع لان نفسه ربما لا تطاوعه بتحمل المنة فيتضرر به وهذا المعنى هنا معدوم لان تسليم نفسه واجب عليه ولا منة فى أداء الواجب سواء كانت الكفالة بالنفس بأمره أو بغير أمره لان نفسه مضمون التسليم فى الحالين والثانى الابراء اذا أبرأ الطالب الكفيل من الكفالة بالنفس خرج عن الكفالة لان حكم الكفالة بالنفس حق المطالبة بتسليم النفس وقد أسقط المطالبة عنه بالابراء فينتهى الحق ضرورة ولا يكون هذا الابراء للاصيل لانه أسقط المطالبة عنه دون الاصيل ولو أبرأ الاصيل برئا جميعاً لان الكفالة بمضمون على الاصيل وقد بطل الضمان بالابراء فينتهى حكم الكفالة والثالث موت المكفول بنفسه لان الكفالة بمضمون على الاصيل وقد سقط الضمان عنه فيسقط عن الكفيل والله عز وجل أعلم (وأما) الكفيل بالاعيان المضمونة بنفسها والافعال المضمونة تخرج عن الكفالة بأحد أمرين أحدهما تسليم العين المضمونة بنفسها ان كانت قائمة وتسليم مثلها أو قيمتها ان كانت هالكة ويحصل الفعل المضمون وهو التسليم والحمل والثانى الابراء فلا يخرج بموت الغاصب والبائع والمكارى لان نفس هؤلاء غير مكفول بها حتى يسقط بموتهم والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما رجوع الكفيل فجملة الكلام فى الرجوع فى موضعين أحدهما فى شرائط ولاية الرجوع والثانى فى بيان ما يرجع به (اما) الشرط فأنواع (منها) ان تكون الكفالة بأمر المكفول عنه لان معنى الاستقراض لا يتحقق بدونه ولو كفل بغير أمره لا يرجع عليه عند عامة العلماء وقال مالك رحمه الله يرجع والصحيح قول العامة لان الكفالة بغير أمره تبرع بقضاء دين الغير فلا يحتمل الرجوع (ومنها) أن يكون باذن صحيح وهو اذن من يجوز اقراره على نفسه بالدين حتى انه لو كفل عن الصبي المحجور باذنه فأدى لا يرجع لان اذنه بالكفالة لم يصح لانه من المكفول عنه استقراض واستقراض الصبي لا يتعلق به الضمان (وأما) العبد المحجور فاذنه بالكفالة صحيح فى حق نفسه حتى يرجع عليه بعد العتاق لكن لا يصح فى حق المولى فلا يؤاخذ به فى الحال والله عز وجل أعلم (ومنها) اضافة الضمان اليه بأن يقول اضمن عنى ولو قال اضمن كذا ولم يضفه الى نفسه لا يرجع لانه اذا لم يضفه اليه فالكفالة لم تقع اقراضاً اياه فلا يرجع عليه (ومنها) أداء المال الى الطالب أو ما هو فى معنى الاداء اليه فلا يملك الرجوع قبل الاداء لان معنى الاقراض والتمليك لا يتحقق الا بأداء المال فلا يملك الرجوع قبله (ومنها) أن لا يكون للاصيل على الكفيل دين مثله فاما اذا كان فلا يرجع لانه اذا أدى الدين التقى الدينان قصاصاً اذ لو ثبت للكفيل حق الرجوع على الاصيل لثبت للاصيل أن يرجع عليه أيضاً فلا يفيد فيسقطان جميعاً ولو وهب صاحب الدين المال للكفيل يرجع على الاصيل لان الهبة فى معنى الاداء لانه لما وهب منه فقد ملك ما فى ذمة الاصيل فيرجع عليه كما اذا ملكه بالاداء واذا وهب الدين من الاصيل برئ الكفيل لان هذا وأداء المال سواء لانه لما وهبه منه فقد ملك ما فى ذمته كما اذا أدى ومتى برئ الاصيل برئ الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل ولو مات الطالب فورثه الكفيل

يرجع على الاصيل ولو ورثه الاصيل يبرأ الكفيل لان الارث من أسباب الملك فيملكه الاصيل ومتى ملكه برئ فيبرأ الكفيل كما اذا أدى ولو أبرأ الطالب الكفيل لا يرجع على الاصيل لان الابراء اسقاط وهو في حق الكفيل اسقاط المطالبة لا غير ولهذا لا توجب براءة الكفيل براءة الاصيل فلم يكن فيه معنى تمليك الدين أصلا فلا يرجع ولو أبرأ الكفيل المكفول عنه مما ضمنه بأمره قبل أدائه أو وهبه منه جاز حتى لو أداه الكفيل بعد ذلك لا يرجع عليه لان سبب وجوب الحق له على الاصيل وهو العقد باذنه موجود والابراء عن الحق بعد وجود سبب الوجوب قبل الوجوب جائز كالابراء عن الاجرة قبل مضي مدة الاجارة ولو لم يؤد الكفيل ما كفل به حتى عجل الاصيل لما كفل عنه ودفع الى الكفيل ينظر ان دفعه اليه على وجه القضاء يجوز لان ولاية الرجوع على الاصيل ان لم تكن ثابتة له في الحال لكنها ثبتت بعد الاداء فأشبه الدين المؤجل اذا عجله المطلوب قبل حل الاجل انه يقبل منه ويكون قضاء كذا هذا وبرئ الاصيل من دين الكفيل ولكن لا يبرأ عن دين المكفول له وله أن يطالب أيهما شاء فان أخذ من الاصيل كان له أن يرجع على الكفيل بما أدى لانه تبين انه لم يكن قضاء وان كان الكفيل تصرف في ذلك المعجل وربح هل يطيب له الربح ينظر ان كان الدين دراهم أو دنانير يطيب بالاجماع لانهما لا يتعينان في عقود المعاوضات فحصل التمليك باذن صاحبها فيطيب له الربح وان كان الدين مكيلا أو موزونا مما يتعين في العقد يطيب له الربح أيضاً عند أبي يوسف ومحمد وعن أبي حنيفة رحمه الله ثلاث روايات ذكر في كتاب البيوع انه يطيب له الربح ولم يذكر الخلاف وفي رواية قال يتصدق وفي رواية قال أحب الى أن يرد الربح على المكفول عنه هذا اذا دفعه اليه على وجه القضاء فأما اذا دفعه على وجه الرسالة ليؤدي الدين مما دفعه اليه لا على وجه القضاء فتصرف فيه الوكيل وربح لا يطيب له الربح سواء كان الدين دراهم أو دنانير أو غيرهما من المكيلات والموزونات عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يطيب وهو كاختلافهم في المودع والغاصب اذا تصرف في الوديعة والمغصوب وربح فيهما انه لا يطيب له الربح عندهما وعند أبي يوسف يطيب والمسئلة تأتي في موضعها ان شاء الله تعالى ولو قال الطالب للكفيل برئت الى من المال يرجع على الاصيل بالاجماع لان هذا اقرار بالقبض والاستيفاء لما نذكر وفي قوله برئت من المال اختلاف نذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى ولو كفل رجلان لرجل عن رجل بأمره بألف درهم حتى يثبت للطالب ولاية مطالبة كل واحد منهما بخمسمائة فأدى أحدهما شيأ من مال الكفالة فأراد أن يرجع على صاحبه فهذا لا يخلو اما ان كفل كل واحد منهما عن صاحبه بما عليه وقت العقد أو بعده أو كفل واحد منهما عن صاحبه بما عليه دون الآخر أو لم يكفل واحد منهما عن صاحبه أصلا فان لم يكفل واحد منهما عن صاحبه أصلا لا يرجع على صاحبه بشئ مما أدى لانه أدى عن نفسه لا عن صاحبه أصلا لانه لم يكفل عنه ولكنه يرجع على الاصيل لانه كفيل عنه بأمره وان كفل واحد منهما عن صاحبه بما عليه ولم يكفل عنه صاحبه بما عليه فالقول قول الكفيل فيما أدى انه من كفالة صاحبه اليه أو من كفالة نفسه لانه لزمه المطالبة بالمال من وجهين أحدهما من جهة كفالة نفسه عن الاصيل والثاني من جهة الكفالة عن صاحبه وليس أحد الوجهين أولى من الآخر فكان له ولاية الاداء عن أيهما شاء فاذا قال أديته عن كفالة صاحبي يصدق ويرجع عليه لانه كفل عنه بأمره سواء أدى المال الى الطالب ثم قال ذلك أو قال ابتداء انى أؤدي عن كفالة صاحبي وكذا اذا قال أديته عن كفالة الاصيل فقبل منه ويرجع عليه لانه كفل عنه بأمره سواء قال ذلك بعد أداء المال الى الطالب أو عنده ابتداء وان كفل كل واحد منهما عن صاحبه بما عليه فما أدى كل واحد منهما يكون عن نفسه الى خمسمائة ولا يقبل قوله فيه انه أدى عن شريكه لا عن نفسه بل يكون عن نفسه الى هذا القدر فلا يرجع على شريكه وكذا اذا قال ابتداء انى أؤدي عن شريكي لا عن نفسي لا يقبل منه ويكون عن نفسه الى هذا القدر ولا يرجع على شريكه ما لم يزد المؤدي على خمسمائة لان المؤدي الى خمسمائة له معارض والزيادة لا معارض لها فاذا زاد على خمسمائة يرجع بالزيادة ان شاء على شريكه وان شاء على الاصيل وكذا لو اشترى

رجلان عبداً بألف درهم وكفل كل واحد منهما عن صاحبه بحصته من الثمن فأدى أحدهما يقع عن نفسه ولا يرجع على شريكه حتى يزيد على النصف لما ذكرنا وكذلك المتفاوضان اذا افترقا وعليهما دين فلصاحب الدين أن يطالب كل واحد منهما وأيهما أدى شيأ لا يرجع على شريكه حتى يزيد المؤدى على النصف لما ذكرنا هذا اذا كفلا كفالة واحدة ولم يكفل كل واحد منهما عن صاحبه بجميع المال فأما اذا كفل كل واحد منهما كفالة متفرقة بجميع المال عن المطلوب ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه بما عليه فأدى أحدهما شيأ يرجع بكل المؤدى على الاصيل ان شاء وان شاء يرجع بنصفه على شريكه لان حق المطالبة بجميع المال لزم كل واحد منهما من وجهين الكفالة عن نفسه والكفالة عن صاحبه على السواء فيقع المؤدى نصفه عن نفسه ونصفه عن صاحبه لتساويهما في الكفالتين بالمؤدى واذا وقع نصف المؤدى عن صاحبه فيرجع عليه ليساويه في الاداء كما ساواه في الكفالة بالمؤدى بخلاف الفصل الاول لان هناك كل واحد منهما أصيل في نصف المال بالكفالة عن نفسه كفيل عن صاحبه بالكفالة عنه فيكون مؤديا عن نفسه الى النصف وههنا بخلافه لما مر

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يرجع به الكفيل فنقول وبالله التوفيق ان الكفيل يرجع بما كفل لا بما أداه حتى لو كفل عن رجل بدراهم صحاح جياد فأعطاه مكسرة أو زيوفا وتجوز به المطالبة يرجع عليه بالصحاح الجياد لانه بالاداء ملك ما في ذمة الاصيل فيرجع بالمؤدى وهو الصحاح الجياد وليس هذا كالمأمور بأداء الدين له ان يرجع بالمؤدى لا بالدين لانه بالاداء ما ملك الدين بل أقرض المؤدى من الآمر فيرجع عليه بما أقرضه وكذلك لو أعطى بالدراهم دنانير أو شيأ من المكيل أو الموزون فانه يرجع عليه بما كفل لا بما أدى لما ذكرنا بخلاف ما اذا صالح من الالف على خمسمائة انه يرجع بالخمسمائة لا بالالف لانه بأداء الخمسمائة ما ملك ما في ذمة الاصيل وهو الالف لانه لا يمكن ايقاع الصلح تمليكا ههنا لانه يؤدى الى الربا فيقع اسقاطا لبعض الحق والساقط لا يحتمل الرجوع به وعن محمد فيمن كفل بخمسة دنانير فصالح الطالب الكفيل على ثلاثة ولم يقل أصالحك على أن تبرئني فالصلح واقع عن الاصيل والكفيل جميعا وبرئا جميعا ويرجع الكفيل على الاصيل بثلاثة دنانير ولو قال أصالحك على ثلاثة على أن تبرئني فهذا براءة عن الكفيل خاصة ويرجع الطالب على المطلوب بدينارين لان في الفصل الاول ايقاع الصلح على ثلاثة دنانير تصرف في نفس الحق باسقاط بعضه فكان الصلح واقعا عنهما جميعا فيبرآن جميعا ويرجع الكفيل على الاصيل بثلاثة دنانير لانه ملك هذا القدر بالاداء فيرجع به عليه (واما) في الفصل الثاني فاضافة الصلح الى ثلاثة مقرونا بشرط الابراء المضاف الى الكفيل ابراء للكفيل عن المطالبة بدينارين وابراء الكفيل لا يوجب ابراء الاصيل فيبرأ الكفيل ويبقى الديناران على الاصيل فيأخذه الطالب منهما وبالله التوفيق

﴿كتاب الحوالة﴾

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن الحوالة وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم الحوالة وفي بيان ما يخرج به المحال عليه عن الحوالة وفي بيان الرجوع بعد الخروج انه هل يرجع أم لا (أما) ركن الحوالة فهو الايجاب والقبول الايجاب من المحيل والقبول من المحال عليه والمحال جميعا فالايجاب ان يقول المحيل للطالب أحلتك على فلان هكذا والقبول من المحال عليه والمحال أن يقول كل واحد منهما قبلت أو رضيت أو نحو ذلك مما يدل على القبول والرضا وهذا عند أصحابنا وقال الشافعي رحمه الله ان لم يكن للمحيل على المحال عليه دين فكذلك فأما اذا كان له عليه دين فيتم بايجاب المحيل وقبول المحتال (وجه) قوله ان المحيل في هذه الصورة مستوف حق نفسه بيد الطالب فلا يقف على قبول من عليه الحق كما اذا وكله بالقبض وليس هو كالمحال لان الحوالة تصرف عليه بنقل حقه من ذمة الى ذمة مع اختلاف الذمم فلا يصح من غير رضا صاحب الحق (ولنا) ان الحوالة تصرف على المحال

عليه بنقل الحق الى ذمته فلا يتم الا بقبوله و رضاه بخلاف التوكيل بقبض الدين لانه ليس تصرفا عليه بنقل الواجب اليه ابتداء بل هو تصرف بأداء الواجب فلا يشترط قبوله و رضاه ولان الناس فى اقتضاء الديون والمطالبة بها على التفاوت بعضهم أسهل مطالبة واقتضاء و بعضهم أصعب فلا بد من قبوله ليكون لزوم ضرر الصعوبة مضافا الى التزامه

﴿فصل﴾ وأما الشرائط فأنواع بعضها يرجع الى المحيل و بعضها يرجع الى المحال و بعضها يرجع الى المحال عليه و بعضها يرجع الى المحال به (أما) الذى يرجع الى المحيل فأنواع (منها) أن يكون عاقلا فلا تصح حوالة المجنون والصبى الذى لا يعقل لان العقل من شرائط أهلية التصرفات كلها (ومنها) أن يكون بالغا وهو شرط النفاذ دون الانعقاد فتنعقد حوالة الصبى العاقل موقوفا نفاذه على اجازة وليه لان الحوالة ابراء بجالها وفيها معنى المعاوضة بمالها خصوصا اذا كانت مقيدة فتنعقد من الصبى كالبيع ونحوه فأما حرية المحيل فليست بشرط لصحة الحوالة حتى تصح حوالة العبد مأذونا كان فى التجارة أو محجورا لانها ليست بتبرع بالتزام شئ كالكفالة فيملكها العبد غير انه ان كان مأذونا فى التجارة رجع عليه المحال عليه للمحال اذا أدى ولم يكن للعبد عليه دين مثله و يتعلق برقبته وان كان محجورا يرجع عليه بعد العتق وكذا الصحة ليست بشرط لصحة الحوالة لانها من قبل المحيل ليست بتبرع فتصح من المريض (ومنها) رضا المحيل حتى لو كان مكرها على الحوالة لا تصح لان الحوالة ابراء فيها معنى التمليك فتفسد بالاكراه كسائر التمليكات (وأما) الذى يرجع الى المحال فانواع (منها) العقل لما ذكرنا ولان قبوله ركن وغير العاقل لا يكون من أهل القبول (ومنها) البلوغ وانه شرط النفاذ لا شرط الانعقاد فينعقد احتياله موقوفا على اجازة وليه ان كان الثانى أملأ من الاول وكذا الوصى اذا احتال بمال اليتيم لا تصح الا بهذه الشريطة لانه منهى عن قربان ماله الا على وجه الاحسن للآية الشريفة فيه ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى أحسن (ومنها) الرضا على لو احتال مكرها لا تصح لما ذكرنا (ومنها) مجلس الحوالة وهو شرط الانعقاد عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف شرط النفاذ حتى ان المحتال لو كان غائبا عن المجلس فبلغه الخبر فاجاز لا ينفذ عندهما وعند أبى يوسف ينفذ والصحيح قولهما لان قبوله من أحد الاركان الثلاثة فكان كلامهما بدون شرط العقد فلا يقف على غائب عن المجلس كما فى البيع (وأما) الذى يرجع الى المحال عليه فأنواع أيضا (منها) العقل فلا يصح من المجنون والصبى الذى لا يعقل قبول الحوالة أصلا لما ذكرنا (ومنها) البلوغ وانه شرط الانعقاد أيضا فلا يصح من الصبى قبول الحوالة أصلا لما ذكرنا وان كان عاقلا سواء كان محجورا عليه أو مأذونا فى التجارة وسواء كانت الحوالة بغير أمر المحيل أو بأمره (أما) اذا كانت بغير أمره فظاهر لانه لا يملك الرجوع على المحيل فكان تبرعا بابتدائه وانتهائه وكذلك اذا كانت بأمره لانه تبرع بابتدائه فلا يملكه الصبى محجورا كان أو مأذونا فى التجارة كالكفالة وان قبل عنه وليه لا يصح أيضا لانه من التصرفات الضارة فلا يملكه الولى (ومنها) الرضا حتى لو أكره على قبول الحوالة لا يصح (ومنها) المجلس وانه شرط الانعقاد عندهما لما ذكرنا فى جانب المحيل (وأما) الذى يرجع الى المحال به فنوعان أحدهما أن يكون دينا فلا تصح الحوالة بالاعيان القائمة لانها نقل ما فى الذمة ولم يوجد والثانى أن يكون لازما فلا تصح الحوالة بدين غير لازم كبدل الكتابة وما يجرى مجراه لان ذلك دين تسمية لا حقيقة اذ المولى لا يجب له على عبده دين والاصل ان كل دين لا تصح الكفالة به لا تصح الحوالة به (وأما) وجوب الدين على المحال عليه للمحيل قبل الحوالة فليس بشرط لصحة الحوالة حتى تصح الحوالة بسواء كان للمحيل على المحال عليه دين أو لم يكن وسواء كانت الحوالة مطلقة أو مقيدة والجملة فيه ان الحوالة نوعان مطلقة ومقيدة فالمطلقة أن يحيل بالدين على فلان ولا يقيده بالدين الذى عليه والمقيدة أن يقيده بذلك والحوالة بكل واحدة من النوعين جائزة لقوله عليه الصلاة والسلام من أحيل على ملئ فليتبع من غير فصل الا أن الحوالة المطلقة تخالف الحوالة المقيدة فى أحكام (منها) انه اذا أطلق الحوالة ولم يكن له على المحال عليه دين فان المحال يطلب المحال عليه بدين الحوالة لا غير وان كان له عليه دين فان المحال عليه يطالب بدينين دين الحوالة ودين المحيل فيطالبه

المحال بدين الحوالة و يطالبه المحيل بالدين الذى له عليه ولا ينقطع حق المطالبة للمحيل بدينه بسبب الحوالة لان الحوالة لم تتقيد بالدين الذى للمحال عليه لانها وجدت مطلقة عن هذه الشريطة فيتعلق دين الحوالة بذمته ودين المحيل بقى على حاله واذا قيدها بالدين الذى عليه ينقطع حق مطالبة المحيل لانه قيد الحوالة بهذا الدين فيتقيد به و يكون ذلك الدين بمنزلة الرهن عنده وان لم يكن رهنا على الحقيقة (ومنها) أنه لو ظهرت براءة المحال عليه من الدين الذى قيدت به الحوالة بان كان الدين ثمن مبيع فاستحق المبيع تبطل الحوالة ولو سقط عنه الدين لمعنى عارض بان هلك المبيع عند البائع قبل التسليم بعد الحوالة حتى سقط الثمن عنه لا تبطل الحوالة عنه لكن اذا أدى الدين بعد سقوط الثمن يرجع بما أدى على المحيل لانه قضى دينه بامره ولو ظهر ذلك فى الحوالة المطلقة لا يبطل لانه لما قيد الحوالة به فقد تعلق الدين به فاذا ظهر انه لا دين فقد ظهر انه لا حوالة لان الحوالة بالدين وقد تبين انه لا دين فتبين انه لا حوالة ضرورة وهذا لا يوجد فى الحوالة المطلقة لان تعلق الدين به يوجب تقييد الحوالة ولم يوجد فلا يتعلق به الدين فيتعلق بالذمة فلا يظهر ان الحوالة كانت باطلة وكذلك لو قيد الحوالة بألف وديعة عند رجل فهلكت الالف عند المودع بطلت الحوالة ولو كانت الالف على المحال عليه مضمونة لا تبطل الحوالة بالهلاك لانه يجب عليه مثلها (ومنها) انه اذا مات المحيل فى الحوالة المقيدة قبل أن يؤدى المحال عليه الدين الى المحال وعلى المحيل ديون سوى دين المحال وليس له مال سوى هذا الدين لا يكون المحال أحق به من بين سائر الغرماء عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يكون أحق به من بين سائر الغرماء كالرهن (ولنا) الفرق بين الحوالة والرهن وهو ان المرتهن اختص بغرم الرهن من بين سائر الغرماء ألا ترى انه لو هلك يسقط دينه خاصة ولما اختص بغرمه اختص بغنمه لان الخراج بالضمان فأما المحال فى الحوالة المقيدة فلم يختص بغرم ذلك المال ألا ترى انه لو توى لا يسقط دينه على المحيل والتوى على المحيل دونه فلما لم يختص بغرمه لم يختص بغنمه أيضا بل يكون هو وغرماء المحيل أسوة فى ذلك واذا أراد المحيل أن يأخذ المحال عليه ببقية دينه فليس له ذلك لان المال الذى قيدت به الحوالة استحق من المحال عليه فبطلت الحوالة ولو كانت الحوالة مطلقة والمسئلة بحالها يؤخذ من المحال عليه جميع الدين الذى عليه و يقسم بين غرماء المحيل ولا يدخل المحال فى ذلك وانما يؤخذ من المحال عليه لان الحوالة لم تتعلق به فذلك ملك المحيل ولا يشاركهم المحال فى ذلك لان حقه ثبت على المحال عليه ولا يعود الى المحيل ولكن القاضى يأخذ من غرماء المحيل كفيلا لانه ثبت الرجوع اليهم لاحد رجلين (اما) المحال اذا توى ما على الآخر وأما المحال عليه اذا أدى الدين فالقاضى نصب ناظرا لامور المسلمين فيحتاط فى ذلك بأخذ الكفيل

﴿ فصل ﴾ واما بيان حكم الحوالة فنقول و بالله التوفيق الحوالة لها أحكام (منها) براءة المحيل وهذا عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر الحوالة لا توجب براءة المحيل والحق فى ذمته بعد الحوالة على ما كان عليه قبلها كالكفالة سواء (وجه) قوله ان الحوالة شرعت وثيقة للدين كالكفالة وليس من الوثيقة براءة الاول بل الوثيقة فى مطالبة الثانى مع بقاء الدين على حاله فى ذمة الاول من غير تغيير كما فى الكفالة سواء (ولنا) أن الحوالة مشتقة من التحويل وهو النقل فكان معنى الانتقال لازما فيها والشئ اذا انتقل الى موضع لا يبقى فى المحل الاول ضرورة ومعنى الوثيقة يحصل بسهولة الوصول من حيث الملاءة والانصاف ولو كفل بشرط براءة الاصيل جاز وتكون حوالة لانه أتى بمعنى الحوالة واختلف مشايخنا المتأخرون فى كيفية النقل مع اتفاقهم على ثبوت أصله موجبا للحوالة قال بعضهم انها نقل المطالبة والدين جميعا وقال بعضهم انها نقل المطالبة فحسب فأما أصل الدين فباق فى ذمة المحيل (وجه) قول الاولين دلالة الاجماع والمعقول (أما) دلالة الاجماع فلانا أجمعنا على انه لو ابرأ المحال عليه من الدين أو وهب الدين منه صحت البراءة والهبة ولو أبرأ المحيل من الدين أو وهب الدين منه لا يصح ولولا أن الدين انتقل الى ذمة المحال عليه وفرغت ذمة المحيل عن الدين لما صح الاول لان الابراء عن الدين وهبة الدين ولا دين محال ولصح الثانى لان الابراء عن دين ثابت وهبته منه صحيح وان تأخرت المطالبة كالابراء عن الدين المؤجل (وأما) المعقول فلان الحوالة توجب النقل لانها

مشتقة من التحويل وهو النقل فيقتضي نقل ما أضيف اليه وقد أضيف الى الدين لا الى المطالبة لانه اذا قال أحلت بالدين أو أحلت فلانا بدينه فيوجب انتقال الدين الى المحال عليه الا أنه اذا انتقل أصل الدين اليه تنتقل المطالبة لانها تابعة (وجه) قول الآخرين دلالة الاجماع والمعقول (أما) دلالة الاجماع فان المحيل اذا قضى دين الطالب بعد الحوالة قبل أن يؤدي المحال عليه لا يكون متطوعا و يجبر على القبول ولو لم يكن عليه دين لكان متطوعا فينبغي أن لا يجبر على القبول كما اذا تطوع أجنبي بقضاء دين انسان على غيره وكذلك المحال لو أبرأ المحال عليه عن دين الحوالة لا يرتد برده ولو وهبه منه يرتد برده كما اذا أبرأ الطالب الكفيل أو وهب منه ولو انتقل الدين الى ذمة المحال عليه لما اختلف حكم الابراء والهبة ولا ارتدا جميعا بالرد كما لو أبرأ الاصيل أو وهب منه وكذلك المحال لو أبرأ المحال عليه عن دين الحوالة لا يرجع على المحيل وان كانت الحوالة بأمره كما في الكفالة ولو وهب الدين منه له أن يرجع عليه اذا لم يكن للمحيل عليه دين كما في الكفالة ولو كان له عليه دين يلتقيان قصاصا كالكفالة سواء فدلت هذه الاحكام على التسوية بين الحوالة والكفالة ثم ان الدين في باب الكفالة ثابت في ذمة الاصيل فكذا في الحوالة (وأما) المعقول فهو أن الحوالة شرعت وثيقة للدين بمنزلة الكفالة وليس من الوثيقة ابراء الاول بل الوثيقة في نقل المطالبة مع قيام اصل الدين في ذمة المحيل (ومنها) ثبوت ولاية المطالبة للمحال على المحال عليه بدين في ذمته أو في ذمة المحيل على حسب ما ذكرنا من اختلاف المشايخ فيه لان الحوالة أوجبت النقل الى ذمة المحال عليه بدين في ذمته اما نقل الدين والمطالبة جميعا واما نقل المطالبة لا غير وذلك يوجب حق المطالبة للمحال على المحال عليه (ومنها) ثبوت حق الملازمة للمحال عليه على المحيل اذا لازمه المحال فكلما لازمه المحال فله أن يلازم المحيل ليتخلص عن ملازمة المحال واذا حبسه له أن يحبسه اذا كانت الحوالة بأمر المحيل ولم يكن على المحال عليه دين مثله للمحيل لانه هو الذي أوقعه في هذه العهدة فعليه تخليصه منها وان كانت الحوالة بغير أمره أو كانت بأمره ولكن للمحيل على المحال عليه دين مثله والحوالة مقيدة لم يكن للمحال عليه أن يلازم المحيل اذا لوزم ولا أن يحبسه اذا حبس لان الحوالة اذا كانت بغير أمر المحيل كان المحال عليه متبرعا وان كان للمحيل عليه دين مثله وقيد الحوالة به فلو لازمه المحال عليه لكان للمحيل أن يلازمه أيضاً فلا يفيد والله عزوجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يخرج به المحال عليه من الحوالة فنقول وبالله التوفيق انه يخرج من الحوالة بانتهاء حكم الحوالة وحكم الحوالة ينتهي بأشياء (منها) فسخ الحوالة لان فيها معنى معاوضة المال بالمال فكانت محتملة للفسخ ومتى فسخ تعود المطالبة الى المحيل (ومنها) التوى عند علمائنا وعند الشافعي رحمه الله حكم الحوالة لا ينتهي بالتوى ولا تعود المطالبة الى المحيل واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من أحيل على ملىء فليتبع ولم يفصل عليه الصلاة والسلام ولان الحوالة مبرئة بلا خلاف وقد عقدت مطلقة عن شريطة السلامة فتفيد البراءة مطلقا (ولنا) ماروى عن سيدنا عثمان رضى الله أنه قال في المحال عليه اذا مات مفلساً عاد الدين الى ذمة المحيل وقال لا توى على مال امرئ مسلم وعن شريح مثل ذلك ذكره محمد في الاصل ولم ينقل عن احد من الصحابة خلافه فكان اجماعا ولان الدين كان ثابتاً في ذمة المحيل قبل الحوالة والاصل أن الدين لا يسقط الا بالقضاء قال النبي عليه الصلاة والسلام الدين مقضى الا أنه الحق الابراء بالقضاء في السقوط والحوالة ليست بقضاء ولا ابراء فبقي الدين في ذمته على ما كان قبل الحوالة الا أن بالحوالة انتقلت المطالبة الى المحال عليه لكن الى غاية التوى لان حياة الدين بالمطالبة فاذا توى لم تبق وسيلة الى الاحياء فعادت الى محلها الاصلي ولا حجة له في الحديث لانه عليه الصلاة والسلام علق الحكم بشريطة الملاءة وقد ذهبت بالافلاس ثم التوى عند أبي حنيفة رحمه الله بشيئين لا ثالث لهما أحدهما أن يموت المحال عليه مفلسا والثاني أن يجحد الحوالة و يحلف ولا بينة للمحال وقد قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله بثالث وهو أن يفلس المحال عليه حال حياته و يقضي القاضي بافلاسه بناء على أن القاضي يقضي بالافلاس حال

حياته عندهما وعنده لا يقضى به (ومنها) اداء المحال عليه المال الى المحال فاذا أدى المال خرج عن الحوالة اذ لا فائدة في بقائها بعد انتهاء حكمها (ومنها) أن يهب المحال المال للمحال عليه ويقبله (ومنها) أن يتصدق به عليه ويقبله لان الهبة والصدقة في معنى الابراء (ومنها) أن يموت المحال فيرثه المحال عليه (ومنها) أن يبرئه من المال والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان الرجوع فجملة الكلام في الرجوع في موضعين في بيان شرائط الرجوع وفي بيان ما يرجع به أما شرائطه فانواع (منها) أن تكون الحوالة بامر المحيل فان كانت بغير أمره لا يرجع بان قال رجل للطالب ان لك على فلان كذا وكذا من الدين فاحتل بها على فرضي بذلك الطالب جازت الحوالة الا أنه اذا أدى لا يرجع على المحيل لان الحوالة اذا كانت بامر المحيل صار المحال مملكا الدين من المحال عليه بما أدى اليه من المال فكان له أن يرجع بذلك على المحيل وان كانت بغير أمره لا يوجد معنى التمليك فلا تثبت ولاية الرجوع (ومنها) اداء مال الحوالة أو ما هو في معنى الاداء كالهبة والصدقة اذا قبل المحال عليه وكذا اذا ورثه المحال عليه لان الارث من أسباب الملك فاذا ورثه فقد ملكه فكان له حق الرجوع ولو ابرأ المحال المحال عليه من الدين لا يرجع على المحيل لان الابراء اسقاط حقه فلا يعتبر فيه جانب التمليك الا عند اشتغاله بالرد فاذا لم يوجد بقى اسقاطا محضا فلم يملك المحال عليه شيأ فلا يرجع (ومنها) أن لا يكون للمحيل على المحال عليه دين مثله فان كان لا يرجع لان الدينين التقيا قصاصا لانه لو رجع على المحيل لرجع المحيل عليه أيضاً فلا يفيد فيتقاصا الدينين فبطل حق الرجوع (وأما) بيان ما يرجع به فنقول وبالله التوفيق ان المحال عليه يرجع بالمحال به لا بالمؤدى حتى لو كان الدين المحال به دراهم فنقد المحال عليه دنانير عن الدراهم أو كان الدين دنانير فنقده دراهم عن الدنانير فتصارفا جاز وراعى فيه شرائط الصرف حتى لو افترقا قبل القبض أو شرطا فيه الاجل والخيار يبطل الصرف ويعود الدين الى حاله واذا صحت المصارفة فالمحال عليه يرجع على المحيل بمال الحوالة لا بالمؤدى لان الرجوع بحكم الملك وأنه يملك دين الحوالة لا المؤدى بخلاف المأمور بقضاء الدين لما ذكرنا في كتاب الكفالة وكذا اذا باعه بالدراهم أو الدنانير عرضا يرجع بمال الحواله لما ذكرنا وكذا اذا أعطاه زيوفا مكان الجياد وتجوز بها المحال رجع على المحيل بالجياد لما قلنا ولو صالح المحال المحال عليه فان صالحه على جنس حقه وأبرأه عن الباقي يرجع على المحيل بالقدر المؤدى لانه ملك ذلك القدر من الدين فيرجع به وان صالح على خلاف جنس حقه بان صالحه من الدراهم على دنانير أو على مال آخر يرجع على المحيل بكل الدين لان الصلح على خلاف جنس الحق معاوضة والمؤدى يصلح عوضا على كل الدين ولو قبض المحال مال الحوالة ثم اختلفا فقال المحيل لم يكن لك على شئ وانما أنت وكيلي في القبض والمقبوض لي وقال المحال لا بل أحلتني بألف كانت لي عليك فالقول قول المحيل مع يمينه لان المحال يدعى عليه دينا وهو ينكر والقول قول المنكر عند عدم البينة مع يمينه والله عز وجل أعلم

﴿ كتاب الوكالة ﴾

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في بيان معنى التوكيل لغة وشرعا وفي بيان ركن التوكيل وفي بيان شرائط الركن وفي حكم التوكيل وفي بيان ما يخرج به الوكيل عن الوكالة أما الاول فالتوكيل اثبات الوكالة والوكالة في اللغة تذكر ويراد بها الحفظ قال الله عز وجل وقالوا حسبنا الله ونعم الوكيل أي الحافظ وقال تبارك وتعالى لا اله الا هو فاتخذه وكيلا قال الفراء أي حفيظا وتذكر ويراد بها الاعتماد وتفويض الامر قال الله تعالى وعلى الله فليتوكل المتوكلون وقال الله تعالى عز وجل خبرا عن سيدنا هود عليه الصلاة والسلام انى توكلت على الله ربى وربكم أي اعتمدت على الله وفوضت أمري اليه وفي الشريعة يستعمل في هذين المعنيين أيضاً على تقرير الوضع اللغوى وهو تفويض التصرف والحفظ الى الوكيل ولهذا قال أصحابنا ان من قال لآخر وكلتك في كذا أنه يكون وكيلا في الحفظ

لانه أدى ما يحتمله اللفظ فيحمل عليه

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ركن التوكيل فهو الايجاب والقبول فالايجاب من الموكل أن يقول وكلتك بكذا أو افعل كذا أو اذنت لك أن تفعل كذا ونحوه والقبول من الوكيل أن يقول قبلت وما يجرى مجراه فما لم يوجد الايجاب والقبول لا يتم العقد ولهذا لو وكل انسانا بقبض دينه فأبى أن يقبل ثم ذهب الوكيل فقبضه لم يبرأ الغريم لان تمام العقد بالايجاب والقبول وكل واحد منهما يرتد بالرد قبل وجود الآخر كما فى البيع ونحوه ثم ركن التوكيل قد يكون مطلقا وقد يكون معلقا بالشرط نحو أن يقول ان قدم زيد فأنت وكيلى فى بيع هذا العبد وقد يكون مضافا الى وقت بان يقول وكلتك فى بيع هذا العبد غدا او يصير وكيلا فى الغد فما بعده ولا يكون وكيلا قبل الغد لان التوكيل اطلاق التصرف والاطلاقات مما يحتمل التعليق بالشرط والاضافة الى الوقت كالطلاق والعتاق واذن العبد فى التجارة والتمليكات كالبيع والهبة والصدقة والابراء عن الديون والتقييدات كعزل الوكيل والحجر على العبد المأذون والرجعة والطلاق الرجعى لا يحتمل ذلك

﴿ فصل ﴾ وأما الشرائط فانواع بعضها يرجع الى الموكل وبعضها يرجع الى الوكيل وبعضها يرجع الى الموكل به أما الذى يرجع الى الموكل فهو أن يكون ممن يملك فعل ما وكل به بنفسه لان التوكيل تفويض ما يملكه من التصرف الى غيره فما لا يملكه بنفسه كيف يحتمل التفويض الى غيره فلا يصح التوكيل من المجنون والصبى الذى لا يعقل أصلا لان العقل من شرائط الاهلية ألا ترى أنهما لا يملكان التصرف بانفسهما وكذا من الصبى العاقل بما لا يملكه بنفسه كالطلاق والعتاق والهبة والصدقة ونحوها من التصرفات الضارة المحضة ويصح بالتصرفات النافذة كقبول الهبة والصدقة من غير اذن المولى لانه مما يملكه بنفسه بدون اذن وليه فيملك تفويضه الى غيره بالتوكيل وأما التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع كالبيع والاجارة فان كان مأذونا له فى التجارة يصح منه التوكيل بها لانه يملكها بنفسه وان كان محجورا ينعقد موقوفا على اجازة وليه وعلى اذن وليه بالتجارة أيضا كما اذا فعل بنفسه لان فى انعقاده فائدة لوجود المجيز للحال وهو الولى ولا يصح من العبد المحجور ويصح من المأذون والمكاتب لانهما يملكان بانفسهما فيملكان بالتفويض الى غيرهما بخلاف المحجور وأما التوكيل من المرتد فموقوف ان أسلم ينفذ وان قتل أو مات على الردة أو لحق بدار الحرب يبطل عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد هو نافذ بناء على أن تصرفات المرتد موقوفة عنده لوقوف املاكه وعندهما نافذة لثبوت أملاكه ويجوز التوكيل من المرتدة بالاجماع لان تصرفاتها نافذة بلا خلاف وأما الذى يرجع الى الوكيل فهو أن يكون عاقلا فلا تصح وكالة المجنون والصبى الذى لا يعقل لما قلنا وأما البلوغ والحرية فليسا بشرط لصحة الوكالة فتصح وكالة الصبى العاقل والعبد مأذونين كانا أو محجورين وهذا عند أصحابنا وقال الشافعى رحمه الله وكالة الصبى غير صحيحة لانه غير مكلف ولا تصح وكالة المجنون (ولنا) ماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما خطب أم سلمة قالت ان أوليائى غيب يا رسول الله فقال صلى الله عليه وسلم ليس فيهم من يكرهنى ثم قال لعمرو بن أم سلمة قم فزوج أمك منى فزوجها من رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان صبيا والاعتبار بالمجنون غير سديد لان العقل شرط أهلية التصرفات الشرعية وقد انعدم هناك ووجد هنا فتصح وكالته كالبالغ الا أن حقوق العقد من البيع ونحوه ترجع الى الوكيل اذا كان بالغا واذا كان صبيا ترجع الى الموكل لما نذكر فى موضعه ان شاء الله تعالى وكذا ردة الوكيل لا تمنع صحة الوكالة فتجوز وكالة المرتد بان وكل مسلم مرتدا لان وقوف تصرفات المرتد لوقوف ملكه والوكيل يتصرف فى ملك الموكل وانه نافذ التصرفات وكذا لو كان مسلما وقت التوكيل ثم ارتد فهو على وكالته لما قلنا الا أن يلحق بدار الحرب فتبطل وكالته لما نذكر فى موضعه (وأما) علم الوكيل فهل هو شرط لصحة الوكالة لا خلاف فى أن العلم بالتوكيل فى الجملة شرط اما علم الوكيل واما علم من يعامله حتى انه لو وكل رجلا ببيع عبده فباعه الوكيل من رجل قبل علمه وعلم الرجل بالتوكيل لا يجوز بيعه حتى

يجيزه الموكل أو الوكيل بعد علمه بالوكالة لان حكم الأمر لا يلزم الا بعد العلم بالمأمور به أو القدرة على اكتساب سبب العلم بالمأمور به كما في أوامر الشرع (وأما) علم الوكيل على التعيين بالتوكيل فهل هو شرط ذكر في الزيادات انه شرط وذكر في الوكالة انه ليس بشرط فانه قال اذا قال الموكل لرجل اذهب بعبدي هذا الى فلان فيبيعه فلان منك فذهب الرجل بالعبد اليه واخبره أن صاحب العبد أمره ببيعه منه فاشتراه منه صح شراؤه وان لم يخبره بذلك فالبيع جائز كذا ذكر محمد في كتاب الوكالة وجعل علم المشتري بالتوكيل كعلم البائع الوكيل وذكر في الزيادات انه لا يجوز البيع وصورة المسألة في الصبي المأذون وذكر في المأذون الكبير مايدل على جواز البيع فانه قال اذا قال المولى لقوم بايعوا عبدي فاني قد أذنت له في التجارة فبايعوه جاز وان لم يعلم العبد باذن المولى لهم بالمبايعة وليس التوكيل كالوصاية فان من أوصى الى رجل غائب أي جعله وصياً بعد موته ثم مات الموصي ثم ان الوصي باع شيأ من تركة الميت قبل علمه بالوصاية والموت فان بيعه جائز استحسانا ويكون ذلك قبولا منه للوصاية حتى لا يملك اخراج نفسه منها والقياس أن لا يجوز والفرق أن الوصي خلف عن الموصي قائم مقامه كالوارث يقوم مقام المورث ولو باع الوارث تركة الميت بعد موته وهو لا يعلم موته جاز بيعه فكذا الوصي بخلاف التوكيل لانه أمر من الموكل وحكم الامر لا يلزم الا بعد العلم أو سببه على مامر فاذا ثبت أن العلم بالتوكيل شرط فان كان التوكيل بحضرة الموكل أو كتب الموكل بذلك كتابا اليه فبلغه وعلم مافيه أو أرسل اليه رسولا فبلغ الرسالة أو أخبره بالتوكيل رجلان أو رجل واحد عدل صار وكيلا بالاجماع وان أخبره بذلك رجل واحد غير عدل فان صدقه صار وكيلا أيضا وان لم يصدقه ينبغي أن يكون على الاختلاف في العدل عند أبي حنيفة لا يكون وكيلا وعند أبي يوسف ومحمد يكون وكيلا كما في العزل على مانذكره في موضعه ان شاء الله تعالى (وأما) الذي يرجع الى الموكل فانه يرجع الى الموكل به فانه يرجع الى بيان مايجوز التوكيل به ومالا يجوز والجملة فيه ان التوكيل لا يخلو اما أن يكون بحقوق الله عز وجل وهي الحدود واما أن يكون بحقوق العباد والتوكيل بحقوق الله عز وجل نوعان أحدهما بالاثبات والثاني بالاستيفاء أما التوكيل باثبات الحدود فان كان حدا لا يحتاج فيه الى الخصومة كحد الزنا وشرب الخمر فلا يتقدر التوكيل فيه بالاثبات لانه يثبت عند القاضي بالبينة أو الاقرار من غير خصومة وان كان مما يحتاج فيه الى الخصومة كحد السرقة وحد القذف فيجوز التوكيل باثباته عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يجوز ولا تقبل البينة فيهما الا من الموكل وكذلك الوكيل باثبات القصاص على هذا الخلاف (وجه) قول أبي يوسف انه كما يجوز التوكيل فيه بالاستيفاء فكذا بالاثبات لان الاثبات وسيلة الى الاستيفاء ولهما الفرق بين الاثبات والاستيفاء وهو ان امتناع التوكيل في الاستيفاء لمكان الشبهة وهي منعدمة في التوكيل بالاثبات (وأما) التوكيل باستيفاء حد القذف والسرقة فان كان المقذوف والمسروق منه حاضرا وقت الاستيفاء جاز لان ولاية الاستيفاء الى الامام وانه لا يقدر على أن يتولى الاستيفاء بنفسه على كل حال وان كان غائباً اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يجوز لان عدم الجواز لاحتمال العفو والصلح وانه لا يحتملهما وقال بعضهم لا يجوز لانه ان كان لا يحتمل العفو والصلح فيحتمل الاقرار والتصديق وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله يجوز التوكيل باستيفاء حد القذف كيف ما كان (وجه) قوله ان هذا حقه فكان بسبيل من استيفائه بنفسه وبنائبه كما في سائر الحقوق (ولنا) الفرق على قول بعض المشايخ وهو ماذكرنا انه يحتمل أنه لو كان حاضر الصدق الرامي فيما رماه أو يترك الخصومة فلا يجوز استيفاء الحد مع الشبهة والشبهة لا تمنع من استيفاء سائر الحقوق ويجوز التوكيل بالتعزير اثباتا واستيفاء بالاتفاق وللوكيل أن يستوفي سواء كان الموكل غائباً أو حاضرا لانه حق العبد ولا يسقط بالشبهات بخلاف الحدود والاختصاص ولهذا ثبت بشهادة رجل وامرأتين فأشبه سائر الحقوق بخلاف الحد والقصاص (وأما) التوكيل باستيفاء القصاص فان كان الموكل وهو المولى حاضرا جاز لانه قد لا يقدر على الاستيفاء بنفسه فيحتاج الى التوكيل وان كان غائباً لا يجوز لان احتمال العفو قائم لجواز أنه لو كان حاضرا

لعفا فلا يجوز استيفاء القصاص مع قيام الشبهة وهذا المعنى منعدم حالة الحضرة وعند الشافعي رحمه الله يجوز وان كان غائباً والكلام في الطرفين على نحو ما ذكرنا في حد القذف (وأما) التوكيل بحقوق العباد فنقول و بالله التوفيق حقوق العباد على نوعين نوع لا يجوز استيفاؤه مع الشبهة كالقصاص وقد مر حكم التوكيل باثباته و باستيفائه ونوع يجوز استيفاؤه وأخذه مع الشبهة كالديون والاعتاق وسائر الحقوق سوى القصاص فنقول لا خلاف انه يجوز التوكيل بالخصومة في اثبات الدين والعين وسائر الحقوق برضا الخصم حتى يلزم الخصم جواب التوكيل والاصل فيه ما روى عن عبد الله بن جعفر رضي الله عنهما ان سيدنا علياً رضي الله عنه كان لا يحضر الخصومة وكان يقول ان لها لحماً يحضرها الشياطين فجعل الخصومة الى عقيل رضي الله عنه فلما كبر و رق حولها الى وكان علي يقول ما قضى لوكيلي فلي وما قضى على وكيلي فعلي ومعلوم أن سيدنا علياً رضي الله عنه لم يكن ممن لا يرضى أحد بتوكيله فكان توكيله برضا الخصم فدل على الجواز برضا الخصم واختلف في جوازه بغير رضا الخصم قال أبو حنيفة عليه الرحمة لا يجوز من غير عذر المرض والسفر وقال أبو يوسف ومحمد يجوز في الاحوال كلها وهو قول الشافعي رحمه الله وذكر الجصاص انه لا فصل في ظاهر الرواية بين الرجل والمرأة والبكر والثيب لكن المتأخرين من أصحابنا استحسنوا في المرأة اذا كانت مخدرة غير برزة فجوزوا توكيلها وهذا استحسان في موضعه وقال ابن أبي ليلى لا يجوز الا توكيل البكر وهذا غير سديد لما نذكر (وجه) قولهم ان التوكيل بالخصومة صادف حق الموكل فلا يقف على رضا الخصم كالتوكيل باستيفاء الدين ودلالة ذلك ان الدعوى حق المدعي والانكار حق المدعى عليه فقد صادف التوكيل من المدعي والمدعى عليه حق نفسه فلا يقف على رضا خصمه كما لو كان خاصمه بنفسه ولابي حنيفة رحمه الله أن الحق هو الدعوى الصادقة والانكار الصادق ودعوى المدعي خبر يحتمل الصدق والكذب والسهو والغلط وكذا انكار المدعى عليه فلا يزداد الاحتمال في خبره بمعارضة خبر المدعي فلم يكن كل ذلك حقاً فكان الاصل أن لا يلزم به جواب الا أن الشرع ألزم الجواب لضرورة فصل الخصومات وقطع المنازعات المؤدية الى الفساد واحياء الحقوق الميتة وحق الضرورة يصير مقضياً بجواب الموكل فلا تلزم الخصومة عن جواب الوكيل من غير ضرورة مع ما ان الناس في الخصومات على التفاوت بعضهم أشد خصومة من الآخر فربما يكون الوكيل ألحن بحجته فيعجز من يخاصمه عن احياء حقه فيتضرر به فيشرط رضا الخصم ليكون لزوم الضرر مضافاً الى التزامه واذا كان الموكل مريضاً أو مسافراً فهو عاجز عن الدعوى وعن الجواب بنفسه فلو لم يملك النقل الى غيره بالتوكيل لضاعت الحقوق وهلكت وهذا لا يجوز وكذلك اذا كانت المرأة مخدرة مستورة لانها تستحيي عن الحضور لمحافل الرجال وعن الجواب بعد الخصومة بكرا كانت أو ثيباً فيضيع حقها (وأما) في مسألتنا فلا ضرورة ولو وكل بالخصومة واستثنى الاقرار وتزكية الشهود في عقد التوكيل بكلام منفصل جاز و يصير وكيلا بالانكار سواء كان التوكيل من الطالب أو من المطلوب في ظاهر الرواية و روى عن محمد أنه اذا وكل الطالب واستثنى الاقرار يجوز وان وكل المطلوب لا يجوز والصحيح جواب ظاهر الرواية لان استثناء الاقرار في عقد التوكيل انما جاز لحاجة الموكل اليه لان الوكيل بالخصومة يملك الاقرار على موكله عند أصحابنا الثلاثة ولو أطلق التوكيل من غير استثناء لتضرر به الموكل وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين التوكيل من الطالب والمطلوب لان كل واحد منهما يحتاج الى التوكيل بالخصومة هذا اذا وكل بالخصومة واستثنى الاقرار في العقد فاما اذا وكل مطلقاً ثم استثنى الاقرار في كلام منفصل يصح عند أبي يوسف وعند محمد لا يصح (وأما) التوكيل بالاقرار فذكر في الاصل انه يجوز وذكر الطحاوي انه لا يجوز و يجوز التوكيل بالخصومة من المضارب والشريك شركة العنان والمفاوضة والعبد المأذون والمكاتب لانهم يملكون الخصومة بأنفسهم فيملكون تفويضها الى غيرهم بالتوكيل و يجوز من الذمي كما يجوز من المسلم لان حقوقهم مصونة مرعية عن الضياع كحقوقنا و يجوز التوكيل بقبض الدين لان الموكل قد لا يقدر على الاستيفاء بنفسه فيحتاج

الى

الى التفويض الى غيره كالوكيل بالبيع والشراء وسائر التصرفات الا أن التوكيل بقبض رأس مال السلم وبدل الصرف انما يجوز في المجلس لان الموكل انما يملك القبض فيه لا في غيره واذا قبض الدين من الغريم برئ الغريم لان القبض الصحيح يوجب البراءة وتجوز الوكالة بقضاء الدين لانه يملك القضاء بنفسه وقد لا يتهيأ له القضاء بنفسه فيحتاج الى التفويض الى غيره سواء كان الموكل حرا أو عبدا مأذونا أو مكاتبا لانهما يملكان القضاء بأنفسهما فيملكان التفويض الى غيرهما أيضاً ويجوز بطلب الشفعة وبالرد بالعيب وبالقسمة لان هذه حقوق يتولاها المرء بنفسه فيملك توليتها غيره ويجوز بالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد والكتابة والاعتاق على مال والصلح على انكار لانه يملك هذه التصرفات بنفسه فيملك تفويضها الى غيره وتجوز الهبة والصدقة والاعارة والايداع والرهن والاستعارة والاستيهاب والارتهان لما قلنا ويجوز بالشركة والمضاربة لما قلنا ويجوز بالاقراض والاستقراض الا أن في التوكيل بالاستقراض لا يملك الموكل ما استقرضه الوكيل الا اذا بلغ على وجه الرسالة بأن يقول أرسلني فلان اليك ليستقرض كذا ويجوز التوكيل بالصلح وبالابراء ويجوز بالطلاق والعتاق والاجارة والاستئجار لما قلنا ويجوز بالسلم والصرف لانه يملكهما بنفسه فيملك تفويضهما الى غيره الا أن قبض البدل في المجلس شرط بقاء العقد على الصحة والعبرة لبقاء العاقدين وافتراقهما لان حقوق العقد راجعة اليهما لما نذكر فاذا تقابض الوكيلان في المجلس فقد وجد القبض المستحق قبل الافتراق فيبقى العقد على الصحة بخلاف الرسولين اذا تقابضا في المجلس ثم افترقا انه يبطل العقد لان حقوق العقد لا ترجع الى الرسول فلا يقع قبضهما عن المستحق بالعقد فاذا افترقا فقد حصل الافتراق لا عن قبض فيبطل العقد بخلاف الوكيلين على ما مر ولا تعتبر مفارقة الموكل لان الحقوق لا ترجع اليه بل هو أجنبي عنها فبقاؤه وافتراقه بمنزلة واحدة ويجوز التوكيل بالبيع والشراء لانهما مما يملك الموكل مباشرتهما بنفسه فيملك التفويض الى غيره الا أن لجواز التوكيل بالشراء شرط وهو الخلو عن الجهالة الكثيرة في أحد نوعي الوكالة دون النوع الآخر وبيان ذلك ان التوكيل بالشراء نوعان عام وخاص فالعام أن يقول له اشتر لي ما شئت أو ما رأيت أو أي ثوب شئت أو أي دار شئت أو ما تيسر لك من الثياب ومن الدواب ويصح مع الجهالة الفاحشة من غير بيان النوع والصفة والثمن لانه فوض الرأي اليه فيصح مع الجهالة الفاحشة كالبضاعة والمضاربة والخاص أن يقول اشتر لي ثوبا أو حيوانا أو دابة أو جوهرا أو عبدا أو جارية أو فرسا أو بغلا أو حمارا أو شاة والاصل فيه ان الجهالة ان كانت كثيرة تمنع صحة التوكيل وان كانت قليلة لا تمنع وهذا استحسان والقياس أن يمنع قليلها وكثيرها ولا يجوز الا بعد بيان النوع والصفة ومقدار الثمن لان البيع والشراء لا يصحان مع الجهالة اليسيرة فلا يصح التوكيل بهما أيضا (وجه) الاستحسان ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع دينارا الى حكيم بن حزام ليشتري له به أضحية ولو كانت الجهالة القليلة مانعة من صحة التوكيل بالشراء لما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم لان جهالة الصفة لا ترتفع بذكر الاضحية وبقدر الثمن ولان الجهالة القليلة في باب الوكالة لا تفضي الى المنازعة لان مبنى التوكيل على الفسحة والمسامحة فالظاهر انه لا تجوز المنازعة فيه عند قلة الجهالة بخلاف البيع لان مبناه على المضايقة والمماكسة لكونه معاوضة المال بالمال فالجهالة فيه وان قلت تفضي الى المنازعة فتوجب فساد العقد فهو الفرق واذا ثبت ان الجهالة القليلة غير مانعة ففي كل موضع قلت الجهالة صح التوكيل بالشراء والا فلا فينظر ان كان اسم ما وقع التوكيل بشرائه مما يقع على أنواع مختلفة لا يجوز التوكيل به الا بعد بيان النوع وذلك نحو ان يقول اشتر لي ثوبا لان اسم الثوب يقع على أنواع مختلفة من ثوب الابريسم والقطن والكتان وغيرهما فكانت الجهالة كثيرة فمنعت صحة التوكيل فلا يصح وان سمى الثمن لان الجهالة بعد بيان الثمن متفاحشة فلا تقل الا بذكر النوع بأن يقول اشتر لي ثوبا هرويا فان سكت عنه كثرت الجهالة فلم يصح التوكيل وكذا اذا قال اشتر لي حيوانا أو قال اشتر لي دابة أو أرضا أو مملوكا أو جوهرا أو حبوبا لان كل واحد منها اسم جنس يدخل تحته أنواع مختلفة فلا بد من ذكر النوع بأن يقول ثوبا هرويا فاذا سكت عنه كثرت الجهالة فلم يصح التوكيل وكذا اذا قال

اشترلى دارا لا يصح لان بين الدار والدار تفاوتا فاحشا فان عين الدار يجوز وان لم يعين ولكنه بين الثمن جاز أيضا ويقع على دور المصر الذى وقع فيه الوكيل لان الجهالة تقل بعد بيان الثمن وروى عن أبى يوسف انه لا يصح التوكيل بعد بيان الثمن حتى يعين مصرا من الامصار ولو قال اشترلى دارا فى موضع كذا أو حبة لؤلؤ أو فص ياقوت أحمر ولم يسم الثمن لا يجوز لان التفاوت متفاحش والصفة لا تصير معلومة بحال الموكل فلا بد من بيان الثمن وان كان اسم ما وقع التوكيل بشرائه لا يقع الا على نوع واحد يكتفى فيه بذكر أحد أمرين اما الصفة بأن قال اشترلى عبدا تركيا أو مقدار الثمن بأن قال اشترلى عبدا بألف درهم لان الجهالة تقل بذكر أحدهما وبحال الموكل لان الصفة تصير معلومة بذكر الثمن وان لم يذكرها واذا ذكر الصفة يصير الثمن معلوما بحال الآمر فيما يشتريه أمثاله عادة حتى انه لو خرج المشترى عن عادة أمثاله لا يلزم الموكل كذا روى عن أبى يوسف فيمن قال اشترلى خادما من جنس كذا ان ذلك يقع على ما يتعامله الناس من ذلك الجنس فان كان الثمن كثيرا لا يتعامل الناس به لم يجز على الآمر وكذا البدوى اذا قال اشترلى خادما حبشيا فهو على ما يعتاده أهل البادية وهذا كله اعتبار حال الموكل فان لم يذكر أحدهما أصلا فالوكالة باطلة لان الجهالة فحشت بترك ذكرهما جميعا فمنعت صحة الوكالة ولو قال اشترلى حمارا أو بغلا أو فرسا أو بعيرا ولم يذكر له صفة ولا ثمنا قالوا انه يجوز لان النوع صار معلوما بذكر الحمار والبغل والفرس والبعير والصفة تصير معلومة بحال الموكل وكذا الثمن فينظر ان اشترا حمارا بمثل قيمته أو بأقل أو بأكثر قدر ما يتغابن الناس فى مثله جاز على الموكل اذا كان الحمار مما يشترى مثله الموكل وان كان مما لا يشترى مثله الموكل لا يجوز على الموكل ويلزم الوكيل وان اشتراه بمثل قيمته نحو ان يكون الموكل مكاريا فاشترى الوكيل حمارا مصريا يصلح للركوب لان مثله يشترى الحمار للعمل والحمل لا للركوب ولو قال اشترلى شاة أو بقرة ولم يذكر صفة ولا ثمنا لا يجوز لان الشاة والبقرة لا تصير معلومة الصفة بحال الموكل ولا بد وان يكون أحدهما معلوما لما بينا ولو قال اشترلى حنطة لا يصح التوكيل ما لم يذكر أحد شيئين اما قدر الثمن واما قدر المثمن وهو المكيل لان الجهالة لا تقل الا بذكر أحدهما وعلى هذا جميع المقدرات من المكيلات والموزونات ولو وكله ليشترى له طيلسانا لا يصح الا بعد بيان الثمن والنوع لان الجهالة لا تقل الا بعد بيان أحدهما والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم التوكيل فنقول وبالله التوفيق حكم التوكيل صيرورة المضاف اليه وكيلا لان التوكيل اثبات الوكالة وللوكالة أحكام (منها) ثبوت ولاية التصرف الذى تناوله التوكيل فيحتاج الى بيان ما يملكه الوكيل من التصرف بموجب التوكيل بعد صحته وما لا يملكه فنقول وبالله التوفيق الوكيل بالخصومة يملك الاقرار على موكله فى الجملة عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر والشافعى رحمهما الله لا يملك والاب والوصى وأمين القاضى لا يملك الاقرار على الصغير بالاجماع (وجه) قولهما ان الوكيل بالخصومة وكيل بالمنازعة والاقرار مسالمة فلا يتناوله التوكيل بالخصومة فلا يملكه الوكيل (ولنا) ان التوكيل بالخصومة وكيل بالجواب الذى هو حق عند الله عز وجل وقد يكون ذلك انكارا وقد يكون اقرارا فاذا أقر على موكله دل ان الحق هو الاقرار فينفذ على الموكل كما اذا أقر على موكله وصدقه الموكل ثم اختلف أصحابنا الثلاثة فيما بينهم قال أبو حنيفة ومحمد يصح اقراره فى مجلس القاضى لا فى غيره وقال أبو يوسف يصح فيه وفى غيره (وجه) قوله ان التوكيل تفويض ما يملكه الموكل الى غيره واقرار الموكل لا تقف صحته على مجلس القاضى فكذا اقرار الوكيل ولهما انه فوض الامر اليه لكن فى مجلس القاضى لان التوكيل بالخصومة أو بجواب الخصومة وكل ذلك يختص بمجلس القاضى ألا ترى ان الجواب لا يلزم فى غير مجلس القاضى وكذا الخصومة لا تندفع باليمين فى غير مجلس القاضى فتتقيد بمجلس القاضى الا أنه اذا أقر فى غير مجلس القاضى يخرج عن الوكالة وينعزل لانه لو بقى وكيلا لبقى وكيلا بالاقرار عينا لان الانكار لا يسمع منه للتناقض والاقرار عينا غير موكل به والوكيل بالخصومة فى مال اذا قضى القاضى به يملك قبضه عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يملك (وجه) قوله ان

المطلوب

المطلوب من الوكيل بالخصومة الاهتداء ومن الوكيل بالقبض الامانة وليس كل من يهتدى الى شئ يؤتمن عليه فلا يكون التوكيل بالخصومة توكيلا بالقبض (ولنا) انه لما وكله بالخصومة فى مال فقد ائتمنه على قبضه لان الخصومة فيه لا تنتهى الا بالقبض فكان التوكيل بها توكيلا بالقبض والوكيل بتقاضى الدين يملك القبض فى ظاهر الرواية لان حق التقاضى لا ينقطع الا بالقبض فكان التوكيل به توكيلا بالقبض ولان التقاضى والاقتضاء والاستيفاء واحد الا أن المتأخرين من أصحابنا قالوا انه لا يملك فى عرف ديارنا لان الناس فى زماننا لا يرضون بقبض المتقاضى كالوكلاء على أبواب القضاة لتهمة الخيانة فى أموال الناس والوكيل بقبض الدين يملك الخصومة فى اثبات الدين اذا أنكر الغريم عند أبى حنيفة وعندهما لا يملك وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة أيضا فيملك اقامة البينة وكذا لو أقام المدعى عليه البينة ان صاحب الدين استوفى منه أو أبرأه عنه قبلت بينته عنده وعندهما لا تقبل ولا يملك وأجمعوا فى الوكيل بقبض العين اذا أنكر من فى يده انه لا يملك الخصومة حتى لا يملك اقامة البينة ولو أقام المدعى عليه البينة انه اشتراها من الذى وكله بالقبض لا تسمع منه بينته فى اثبات الشراء ولكنها تسمع لدفع خصومة الوكيل فى الحال الى أن يحضر الموكل وقالوا فى الوكيل بطلب الشفعة وبالرد بالعيب وبالقسمة انه يملك الخصومة (وجه) قولهما أن التوكيل بقبض الدين توكيل باستيفاء عين الحق فلا يتعدى الى الخصومة كالتوكيل بقبض العين ولابى حنيفة أن التوكيل بقبض الدين توكيل بالمبادلة والحقوق فى مبادلة المال بالمال تتعلق بالعاقد كما فى البيع والاجارة ودلالة ذلك أن استيفاء عين الدين لا يتصور لان الدين اما أن يكون عبارة عن الفعل وهو فعل تسليم المال واما أن يكون عبارة عن مال حكمى فى الذمة وكل ذلك لا يتصور استيفاؤه ولكن استيفاء الدين عبارة عن نوع مبادلة وهو مبادلة المأخوذ العين بما فى ذمة الغريم وتمليكه بهذا القدر المأخوذ من المال فأشبه البيع والخصومة فى حقوق مبادلة المال بالمال فيملكه الوكيل بخلاف الوكيل بقبض الثمن لان ذلك توكيل باستيفاء عين الحق لا بالمبادلة لان عينه مقدور الاستيفاء فلا يملك الخصومة فيها الا بأمر جديد فهو الفرق بين الفصلين فاذا لم يملك الخصومة لا تسمع بينة المدعى عليه على الشراء من الموكل بالقبض لانها بينة قامت لا على خصم ولكنها تسمع فى دفع قبض الوكيل ويجوز أن تكون البينة مسموعة من وجه دون وجه كمن وكل انسانا بنقل زوجته الى حيث هو فطالبها الوكيل بالانتقال فأقامت البينة على ان زوجها طلقها ثلاثا تسمع هذه البينة فى اندفاع حق الوكيل فى النقل ولا تسمع فى اثبات الحرمة كذا هذا وكذلك الوكيل بأخذ الدار بالشفعة وكيل بالمبادلة لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وكذا الرد بالعيب والقسمة فيهما معنى المبادلة فكانت الخصومة فيهما من حقوقها فيملكها الوكيل كالوكيل بالبيع والوكيل بالقبض اذا أراد أن يوكل غيره هذا على وجهين (اما) ان كانت الوكالة عامة بأن قال له وقت التوكيل بالقبض اصنع ما شئت أو ما صنعت من شئ فهو جائز على أو نحو ذلك (واما) ان كانت خاصة بان لم يقل ذلك عند التوكيل بالقبض فان كانت عامة يملك أن يوكل غيره بالقبض لان الاصل فيما يخرج مخرج العموم اجراؤه على عمومه وان كانت خاصة فليس له أن يوكل غيره بالقبض لان الوكيل يتصرف بتفويض الموكل فيملك قدر ما فوض اليه فان فعل ذلك وقبض الوكيل الثانى لم يبرأ الغريم من الدين لان توكيله بالقبض اذا لم يصح فقبضه وقبض الاجنبى سواء فان وصل الى يد الوكيل الاول برئ الغريم لانه وصل الى يد من هو نائب الموكل فى القبض وان هلك فى يده قبل أن يصل الى الوكيل الاول ضمن القابض للغريم لان قبضه بجهة استيفاء الدين والقبض بجهة استيفاء الدين قبض بجهة المبادلة على ما مر والمقبوض بجهة المبادلة مضمون على القابض كالمقبوض على سوم الشراء وكان له أن يرجع بما ضمن على الوكيل الاول لانه صار مغرورا من جهته بتوكيله بالقبض فيرجع عليه اذ كل غار ضامن للمغرور بما لحقه من العهدة فيرجع عليه بضمان الكفالة ولا يبرأ الغريم من الدين لما قلنا ان توكيله بالقبض لم يصح فكان للطالب أن يأخذ الغريم بدينه واذا أخذه منه رجع الغريم على الوكيل الثانى لما قلنا ويرجع الوكيل الثانى على الاول بحكم الغرور لما قلنا ان الوكيل بقبض الدين للموكل على انسان معين أو فى بلد

معين لا يملك أن يتعدى الى غيره لان المتصرف بحكم الآمر لا يملك التعدى عن موضع الامر وليس للوكيل بقبض الدين أن يأخذ عوضا عن الدين وهو أن يأخذ عينا فكانه لان هذه معاوضة مقصودة وانها لا تدخل تحت التوكيل بقبض الدين وهذا لما بينا ان قبض الدين حقيقة لا يتصور لما ذكرنا فلا يتصور التوكيل بقبضه حقيقة الا أن التوكيل بقبض الدين جعل توكيلا بالمعاوضة ضرورة تصحيح التصرف ودفع الحاجة المعلقة بالتوكيل بقبض الدين وحق الضرورة يصير مقضيا بثبوتها ضمنا للعقد فبقيت المعاوضة المقصودة خارجة عن العقد أصلا فلا يملكها الوكيل ولو كان لرجل على رجل دين فجاء انسان الى الغريم وقال ان الطالب أمرنى أن أقبضه منك فان صدقه الغريم وأراد أن يدفع اليه لا يمنع منه وان أبى أن يدفع اليه يجبر على الدفع فى الدين وفى العين لا يجبر عليه والفرق أن التصديق فى الدين اقرار على نفسه فكان مجبورا على التسليم وفى العين اقرار على غيره فلا يصح الا بتصديق ذلك الغير وان لم يصدقه لم يجبر على الدفع فان دفعه اليه ثم جاء الطالب فان صدقه مضى الامر وان كذبه وأنكر أن يكون وكله بذلك فهذا على وجوه ثلاثة اما ان صدقه ودفعه اليه واما ان كذبه ومع ذلك دفع اليه واما ان لم يصدقه ولم يكذبه ودفع اليه فان صدقه فى الوكالة ولم يضمنه فجاء الطالب يقال له ادفع الدين الى الطالب ولا حق لك على الوكيل لانه لما صدقه فى الوكالة فقد أقر بوكالته واقراره صحيح فى حق نفسه فكأنه يقول ان الوكيل كان محقا فى القبض وان الطالب ظالم فيما يقبض منى وان ظلم على مبطل فلا أظلم على محق وان صدقه وضمنه ما دفع اليه ثم حضر الطالب فأخذ منه يرجع هو على القابض لان الغريم وان أقر ان القابض محق فى القبض بتصديقه اياه فى الوكالة فعنده ان الطالب مبطل فيه ظالم فيما يقبض منه فاذا ضمنه فقد أضاف الضمان الى ما يقبضه الطالب عنه بغير حق واضافة الضمان الى المقبوض المضمون صحيح كما اذا قال ما غصبك فلان فعلى وان كذبه فى الوكالة ومع ذلك دفع اليه له أن يضمن الوكيل لان عنده انه مبطل فى القبض وانما دفعه اليه على رجاء أن يجوزه الطالب وكذا اذا لم يصدق ولم يكذب لانه لم يوجد منه الاقرار بكونه محقا فى القبض فيملك الرجوع عليه الوكيل بقبض الدين اذا قبضه فوجده معيبا فا كان للموكل رده فله رده وأخذ بدله لانه قائم مقام الموكل فهو يملك قبض حقه أصلا ووصفا فكذا الوكيل ولو وكل رجلا بقبض دين له على رجل وغاب الطالب فادعى الغريم انه قد أوفاه الطالب لا يحتاج الوكيل الى اقامة البينة ولا الى احضار الطالب ليحلفه لكن يقال للغريم ادفع الدين الى الوكيل ثم اتبع الطالب وحلفه ان أردت يمينه فان حلف والا رجعت عليه لانه مقر بالدين والدين مقضى على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يحكم بسقوطه بدعوى الايفاء مع الاحتمال بل يجبر على التسليم الى الوكيل وكذلك الوكيل بطلب الشفعة اذا ادعى المشترى أن الشفيع قد سلم للشفعة يؤمر بتسليم الدار الى الوكيل ثم يقال له اتبع الشفيع وحلفه ان أردت يمينه لان المشترى مقر بثبوت حق الشفعة لان تسليم الشفعة بعد ثبوتها يكون فلا يبطل الحق الثابت بدعوى التسليم مع الاحتمال فيؤمر بتسليم المشترى الى الوكيل وهذا بخلاف الوكيل بالرد بالعيب اذا ادعى البائع أن المشترى قد رضى بالعيب انه لا يكون للوكيل حق الرد حتى يحضر الموكل فيحلف بالله تعالى ما رضى بهذا العيب لان البائع بقوله رضى المشترى بالعيب لم يقر بثبوت حق الرد بالعيب اذ ليس كل عيب موجبا للرد ألا ترى انه لو اشتراه وهو عالم بعيبه ليس له حق الرد مع وجود العيب فيتوقف على حضور الموكل ويمينه فان أراد الغريم أن يحلف الوكيل بالله عز وجل ما يعلم أن الطالب قد استوفى الدين لم يكن له أن يحلفه عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال زفر يحلفه على علمه فان أبى أن يحلف خرج عن الوكالة ولم يبرأ الغريم وكان الطالب على حجته (وجه) قول زفر أن هذا أمر لو أقر به الوكيل للزمه وسقط حقه من القبض فاذا أنكر يستحلف لجواز انه ينكل عن اليمين فيسقط حقه (ولنا) قول النبى عليه الصلاة والسلام واليمين على المدعى عليه والغريم ما ادعى على الوكيل شيأ وانما ادعى على الموكل فكانت اليمين عليه واليمين مما لا تجرى فيه النيابة فلا يثبت للغريم ولاية استحلاف الوكيل وهذا بخلاف ما اذا مات الطالب فادعى الغريم انه قد كان استوفاه حال حياته وأنكر الوارث ان له أن يستحلف الوارث على علمه

بالله

بالله تعالى ما يعلم ان الطالب استوفى الدين لان هناك الوارث مدعى عليه لان الغريم يدعى عليه بطلان حقه فى الاستيفاء الذى هو حقه فلم يكن استحلافه بطريق النيابة عن المورث الا أنه يستحلف على علمه لانه يستحلف على فعل غيره وكل من يستحلف على فعل باشره غيره يستحلف على العلم لا البت لانه لا علم له بانه فعل ذلك أولم يفعل فان أقام الغريم البينة على الايفاء سمعت بينته عند أبى حنيفة وعندهما لا تسمع وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة بناء على ان الوكيل بقبض الدين هل يكون وكيلا بالخصومة فيه عنده يكون وعندهما لا يكون لما تقدم وكذلك على هذا الاختلاف اذا أقام الغريم البينة انه أعطى الطالب بالدراهم الدنانير أو باعه بها عرضا فبينته مسموعة عنده وعندهما غير مسموعة لان ايفاء الدين بطريق المبادلة والمقاصة ويستوى فيهما الجنس وخلاف الجنس فكان الخلاف فى الكل ثابتا (وأما) الوكيل بالبيع فالتوكيل بالبيع لا يخلو اما أن يكون مطلقا واما أن يكون مقيدا فان كان مقيدا يراعى فيه القيد بالاجماع حتى انه اذا خالف قيده لا ينفذ على الموكل ولكن يتوقف على اجازته الا أن يكون خلافه الى خير لما مر ان الوكيل يتصرف بولاية مستفادة من قبل الموكل فيلى من التصرف قدر ما ولاه وان كان الخلاف الى خير فانما نفذ لانه ان كان خلافا صورة فهو وفاق معنى لانه آمر به دلالة فكان متصرفا بتولية الموكل فنفذ بيان هذه الجملة اذا قال بع عبدى هذا بالف درهم فباعه بأقل من الالف لا ينفذ وكذا اذا باعه بغير الدراهم لا ينفذ وان كانت قيمته أكثر من ألف درهم لانه خلاف الى شر لان أغراض الناس تختلف باختلاف الاجناس فكان فى معنى الخلاف الى شر وان باعه بأكثر من ألف درهم نفذ لانه خلاف الى خير فلم يكن خلافا أصلا وكذلك على هذا لو وكله بالبيع بالف درهم حالة فباعه بالف نسيئة لم ينفذ بل يتوقف لما قلنا وان وكله بان يبيعه بالف درهم نسيئة فباعه بألف حالة نفذ لما قلنا وان وكله بأن يبيع ويشترط الخيار للآمر فباعه ولم يشترط الخيار لم يجز بل يتوقف ولو باع وشرط الخيار للآمر ليس له أن يجيز لانه لو ملك الاجازة بنفسه لم يكن للتقييد فائدة هذا اذا كان التوكيل بالبيع مقيدا فأما اذا كان مطلقا فيراعى فيه الاطلاق عند أبى حنيفة فيملك البيع بالقليل والكثير وعندهما لا يملك البيع الا بما يتغابن الناس فى مثله وروى الحسن عن أبى حنيفة مثل قولهما (وجه) قولهما أن مطلق البيع ينصرف الى البيع المتعارف والبيع بغبن فاحش ليس بمتعارف فلا ينصرف اليه كالتوكيل بالشراء ولابى حنيفة أن الاصل فى اللفظ المطلق أن يجرى على اطلاقه ولا يجوز تقييده الا بدليل والعرف متعارض فان البيع بغبن فاحش لغرض التوصل بثمنه الى شراء ما هو أربح منه متعارف أيضا فلا يجوز تقييد المطلق مع التعارض مع ما أن البيع بغبن فاحش ان لم يكن متعارفا فعلا فهو متعارف ذكرا وتسمية لان كل واحد منهما يسمى بيعا أو هو مبادلة شئ مرغوب بشئ مرغوب لغة وقد وجد ومطلق الكلام ينصرف الى المتعارف ذكرا وتسمية من غير اعتبار الفعل ألا ترى أن من حلف لا يأكل لحما فأكل لحم الآدمى أو لحم الخنزير يحنث وان لم يكن أكله متعارفا لكونه متعارفا اطلاقا وتسمية كذا هذا (وأما) التوكيل بالشراء فالجواب عنه من وجهين أحدهما أن جوازه ثبت على خلاف القياس لكونه أمرا بالتصرف فى مال غيره وذكر الثمن فيه تبع ألا ترى انه يصح بدون ذكر الثمن الا انه جوز باعتبار الحاجة اذ كل أحد لا يتهيأ له أن يشترى بنفسه فيحتاج الى من يوكل به غيره والحاجة الى التوكيل بالشراء بثمن جرى التعارف بشراء مثله بمثله فينصرف الامر بمطلق الشراء اليه البتة الثانى المشترى متهم بهذا الاحتمال انه يشترى لنفسه فلما تبين فيه الغبن أظهر الشراء للموكل ومثل هذه التهمة فى البيع منعدمة فهو الفرق وكذلك يملك البيع بغير الاثمان المطلقة عنده وعندهما لا يملك وهو قول الشافعى رحمه الله ويملك البيع بالنقد والنسيئة عنده وعندهما لا يملك الا بالنقد والحجج من الطرفين على نحو ما ذكرنا فى البيع بغبن فاحش ولو باع الوكيل بعض ما وكل ببيعه فهو على وجهين اما ان كان ذلك مما لا ضرر فى تبعيضه كالمكيل والموزون بان كان وكيلا ببيع عبدين فباع أحدهما جاز بالاجماع وان كان فى تبعيضه ضرر بان وكله ببيع عبد فباع نصفه جاز عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما لا يجوز الا باجازة

الموكل أو ببيع النصف الباقي ولو كان وكيلا بالشراء فاشترى نصفه لم يلزم الآمر اجماعا الا أنه يشتري الباقي و يجيزه الموكل (وجه) قولهما الجمع بين الشراء والبيع بجامع وهو العرف والعادة ووجوب دفع الضرر الحاصل بالشركة في الاعيان ولابي حنيفة الفرق بين البيع والشراء على مامر ألا يرى ان عنده لو باع الكل بهذا القدر من الثمن يجوز فلان يجوز بيع البعض به أولى لانه نفع موكله حيث أمسك البعض على ملكه و بهذا فارق الشراء لان الوكيل بالشراء اذا اشترى النصف بثمن الكل لا يجوز والوكيل بالبيع يملك ابراء المشتري عن الثمن وله أن يؤخره عنه وله أن يأخذ به عوضا وله أن يصالح على شئ و يحتال به على انسان وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا يملك شيأ من ذلك (وجه) قولهما أن الوكيل بالابراء واخواته تصرف في ملك الموكل من غير اذنه فلا ينفذ عليه كما لو فعلها أجنبي (وجه) قوله أنه تصرف في حق نفسه بالابراء لان قبض الثمن حقه فكان الابراء عن الثمن ابراء عن قبضه تصحيحا لتصرفه بقدر الامكان ولو اسقط حق القبض لسقط الدين ضرورة لانه لو بقي لبقي دينا لا يحتمل القبض أصلا وهذا مما لا نظير له في أصول الشرع ولان دينا لا يحتمل القبض والاستيفاء بوجه لا يفيد فيسقط ضرورة و يضمن الثمن للموكل لانه وان تصرف في حق نفسه لكنه تعدى الى ملك غيره بالاتلاف فيجب عليه الضمان وكذا اذا أخذ بالثمن عوضا عن المشتري لانه ملك منه القبض الذي هو حقه فيصح ومتى ملك ذلك فيملك رقبة الدين ضرورة بما أخذه من العوض و يضمن لما ذكرنا وكذا اذا صالحه على شئ لان الصلح مبادلة وكذا اذا أحاله المشتري بالثمن على انسان وقبل الوكيل الحوالة لانه بقبول الحوالة تصرف في حق نفسه بالابراء عنه لان الحوالة مبرئة وذلك يوجب سقوط الدين عن المحيل فيه لما ذكرنا و يضمن لما قلنا وكذلك تأخير الدين من الوكيل تأخير حق المطالبة والقبض وأنه صادف حق نفسه فيصح لكنه تعدى الى الموكل بثبوت الحيلولة بينه و بين ملكه فيضمن وليس للوكيل بالبيع أن يوكل غيره لان مبنى الوكالة على الخصوص لان الوكيل يتصرف بولاية مستفادة من قبل الموكل فيملك قدر ما أفاده ولا يثبت العموم الا بلفظ يدل عليه وهو قوله اعمل فيه برأيك وغير ذلك مما يدل على العموم فان وكل غيره بالبيع فباع الثاني بحضرة الاول جاز وان باع بغير حضرته لا يجوز الا أن يجيزه الاول او الموكل وكذا اذا باعه فضولي فبلغ الوكيل أو الموكل فاجاز يجوز هذا عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يجوز بيع الوكيل الثاني سواء كان بحضرة الوكيل الاول أو لم يكن بحضرته وقال ابن أبي ليلى يجوز كيف ما كان والصحيح قول أصحابنا الثلاثة لان عبارة الوكيل ليست مقصود الموكل بل المقصود رأيه فاذا باع الثاني بحضرته فقد حصل التصرف برأيه فنفذ واذا باعه لا بحضرته أو باع فضولي فقد خلا التصرف عن رأيه فلا ينفذ ولكنه ينعقد موقوفا على اجازة الوكيل أو الموكل لصدور التصرف من أهله في محله وليس للوكيل بالبيع أن يبيع من نفسه لان الحقوق تتعلق بالعاقد فيؤدي الى أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد مسلما ومتسلما مطالبا ومطالبا وهذا محال وكذا لا يبيع من نفسه وان أمره الموكل بذلك لما قلنا ولانه متهم في ذلك وليس له أن يبيع من أبيه وجده وولده وولد ولده الكبار وزوجته عند أبي حنيفة وعندهما يجوز ذلك بمثل القيمة واجمعوا على أنه لا يجوز أن يبيع من عبده ومكاتبه (وجه) قولهما ان البيع من هؤلاء ومن الاجنبي سواء لان كل واحد منهما يملكه أجنبي من صاحبه ثم لا يملك البيع من نفسه ولابي حنيفة أن البيع من هؤلاء بيع من نفسه من حيث المعنى لاتصال منفعة ملك كل واحد منهما بصاحبه ثم لا يملك البيع من نفسه فلا يملكه من هؤلاء بخلاف الاجنبي ولهذا لا يملك البيع من عبده ومكاتبه لان البيع من عبده بيع من نفسه لانه لا ملك له وكذا المكاتب لانه عبد ما بقي عليه درهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم كذا هذا يحققه أن اتصال منافع الاملاك بينهما تورث التهمة لهذا لم تقبل شهادة أحدهما لصاحبه بخلاف الاجنبي ولو عمم التوكيل فقال اصنع ما شئت أو بع من هؤلاء أو أجاز ما صنعه الوكيل جاز بيعه بالاتفاق ولا يجوز أن يبيع من نفسه أو من ولده الصغير أو من عبده اذا لم يكن عليه دين يحال الوكيل بالبيع مطلقا يملك البيع الصحيح والفاسد لان اسم البيع يقع على كل واحد من النوعين اذ هو مبادلة شيء مرغوب

بشئ

بشيء مرغوب وقد وجد بخلاف الوكيل بالنكاح مطلقاً أنه لا يملك النكاح الفاسد لان المقصود من النكاح الحل والنكاح الفاسد لا يفيد الحل والمقصود من البيع الملك وأنه يثبت بالبيع الفاسد وأما الوكيل بالبيع الفاسد فهل يملك البيع الصحيح قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يملك وقال محمد لا يملك وبه أخذ الشافعي رحمه الله (وجه) قول محمد أن البيع الفاسد بيع لا يفيد الحكم بنفسه والصحيح يفيد الحكم بنفسه فكانا مختلفين فلا يكون التوكيل باحدهما توكيلاً بالآخر فاذا باع بيعاً صحيحاً صار مخالفاً (ولهما) ان هذا ليس بخلاف حقيقة لان البيع الصحيح خير وكل موكل بشيء موكل بما هو خير منه دلالة والثابت دلالة كالثابت نصاً فكان آتياً بما وكل به فلا يكون مخالفاً (وأما) الوكيل بالشراء فالتوكيل بالشراء لا يخلو اما ان كان مطلقاً أو كان مقيداً فان كان مقيداً يراعى فيه القيد اجماعاً لما ذكرنا سواء كان القيد راجعاً الى المشترى أو الى الثمن حتى انه اذا خالف يلزم الشراء الا اذا كان خلافاً الى خير فيلزم الموكل مثال الاول اذا قال اشتر لى جارية اطؤها أو أستخدمها أو اتخذها أم ولد فاشترى جارية مجوسية أو أخته من الرضاع أو مرتدة أو ذات زوج لا ينفذ على الموكل وينفذ على الوكيل وكذلك اذا قال اشتر لى جارية تخدمنى فاشترى جارية مقطوعة اليدين أو الرجلين أو عمياء لان الاصل فى كل مقيد اعتبار القيد فيه الا قيداً لا يفيد اعتباره واعتبار هذا النوع من القيد مفيد وكذلك اذا قال اشتر لى جارية تركية فاشترى جارية حبشية لا يلزم الموكل ويلزم الوكيل لما ذكرنا ومثال الثانى اذا قال له اشتر لى جارية بألف درهم فاشترى جارية بأكثر من الالف تلزم الوكيل دون الموكل لانه خالف أمر الموكل فيصير مشترياً لنفسه ولو قال اشتر لى جارية بألف درهم أو بمائة دينار فاشترى جارية بما سوى الدراهم والدنانير لا تلزم الموكل اجماعاً لان الجنس مختلف فيكون مخالفاً ولو قال اشتر لى هذه الجارية بمائة دينار فاشتراها بألف درهم قيمتها مائة دينار ذكر الكرخى أن المشهور من قول أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد أنه لا يلزم الموكل لان الدراهم والدنانير جنسان مختلفان حقيقة فكان التقييد بأحدهما مفيداً وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه يلزم الموكل كانه اعتبرهما جنساً واحداً فى الوكالة كما اعتبرا جنساً واحداً فى الشفعة وهو أن الشفيع اذا أخبر أن الدار بيعت بدنانير فسلم الشفعة ثم ظهر أنها بيعت بدراهم وقيمتها مثل الدنانير صح التسليم كذا ههنا فان اشترى جارية بالف درهم فان كان مثلها يشترى بألف أو بأكثر من ألف أو بأقل من ألف مقدار ما يتغابن الناس فيه لزم الموكل وان كان النقصان مقدار ما لا يتغابن الناس فيه لزم الوكيل لان شراء الوكيل المعروف المعروف وان اشترى جارية بثمانمائة درهم ومثلها يشترى بألف لزم الموكل لان الخلاف الى خير لا يكون خلافاً معنى وكذا اذا وكله بأن يشترى له جارية بألف نسيئة فاشترى جارية بألف حالة لزم الوكيل لانه خالف قيد الموكل ولو أمره أن يشترى بألف حالة فاشترى بألف نسيئة لزم الموكل لانه وان خالف صورة فقد وافق معنى والعبرة للمعنى لا للصورة ولو وكله أن يشترى ويشترط الخيار للموكل فاشترى بغير خيار لزم الوكيل والاصل أن الوكيل بالشراء اذا خالف يكون مشترياً لنفسه والوكيل بالبيع اذا خالف يتوقف على اجازة الموكل والفرق بينهما قد ذكرناه فيما تقدم أن الوكيل بالشراء متهم لانه يملك الشراء لنفسه فامكن تنفيذه عليه حتى إنه لو كان صبياً محجوراً أو عبداً محجوراً لا ينفذ عليه بل يتوقف على اجازة الموكل لانهما لا يملكان الشراء لانفسهما فلا يمكن التنفيذ عليهما فتوقف وكذا اذا كان الوكيل مرتداً أو كان وكيلاً بشراء عبد بعينه فاشترى نصفه لعدم امكان التنفيذ عليه فاحتمل التوقف ومعنى التهمة لا يتعذر من الوكيل بالبيع فاحتمل التوقف على الاجازة ولو وكله بشراء عبد فاشتراه بعين من أعيان مال الموكل توقف على الاجازة لانه لما اشتراه بعين من أعيان ماله فقد باع العين والبيع يقف على اجازة الموكل هذا اذا كان التوكيل بالشراء مقيداً فاما اذا كان مطلقاً فانه يراعى فيه الاطلاق ما امكن الا اذا قام دليل التقييد من عرف أو غيره فيتقيد به وعلى هذا اذا وكل رجلاً بشراء جارية وسمى نوعها وثمنها حتى صحت الوكالة فاشترى جارية مقطوعة اليد والرجل من خلاف أو عوراء لزم الموكل وكذا اذا اشترى جارية مقطوعة اليدين أو الرجلين أو عمياء عند أبى حنيفة وعندهما يلزم الوكيل (وجه) قولهما أن الجارية تشترى للاستخدام عرفاً وعادة

وغرض الاستخدام لا يحصل عند فوات جنس المنفعة فيتقيد بالسلامة عن هذه الصفة بدلالة العرف ولهذا قلنا لا يجوز تحريرها عن الكفارة وان كان نص التحرير مطلقا عن شرط السلامة لثبوتها دلالة كذا هذا (وجه) قول أبي حنيفة ان اسم الجارية باطلاقها يقع على هذه الجارية كما يقع على سليمة الاطراف فلا يجوز تقييد المطلق الا بدليل وقد وجد (وأما) في باب الكفارة فلان الامر تعلق بتحرير رقبة والرقبة اسم لذات مركب من هذه الاجزاء فاذا فات ما يقوم به جنس من منافع الذات انتقض الذات فلا يتناوله مطلق اسم الرقبة فاما اسم الجارية فلا يدل على هذه الذات باعتبار الاجزاء فلا يقدح نقصانها في اسم الجارية بخلاف اسم الرقبة حتى ان التوكيل لو كان بشراء رقبة لا يجوز كما لا يجوز في الكفارة كذا قالوا ولو وكله أن يشتري له جارية وكالة صحيحة ولم يسم ثمنا فاشترى الوكيل جارية ان شترى بمثل القيمة أو باقل من القيمة أو بزيادة يتغابن في مثلها جاز على الموكل وان اشترى بزياة لا يتغابن الناس في مثلها يلزم الوكيل لان الزيادة القليلة مما لا يمكن التحرز عنها فلو منعت النفاذ على الموكل لضاق الامر على الوكلاء ولا امتنعوا عن قبول الوكالات وبالناس حاجة اليها فمست الحاجة الى تحملها ولا ضرورة في الكثير لامكان التحرز عنه والفاصل بين القليل والكثير ان كانت زيادة تدخل تحت تقويم المقومين فهي قليلة وما لا تدخل تحت تقويمهم فهي كثيرة لان ما يدخل تحت تقويم المقومين لا يتحقق كونه زيادة وما لا يدخل كانت زيادته متحققة وقدر محمد الزيادة القليلة التي يتغابن في مثلها في الجامع بنصف العشر فقال ان كانت نصف العشر أو أقل فهي مما يتغابن في مثلها وان كانت أكثر من نصف العشر فهي مما لا يتغابن في مثلها وقال الجصاص ماذكره محمد لم يخرج مخرج التقدير في الاشياء كلها لان ذلك يختلف باختلاف السلع منها ما يعد أقل من ذلك غبناً فيه ومنها ما لا يعد أكثر من ذلك غبنا فيه وقدر نصر بن يحيي القليل بالده نيم وفي الحيوان بالده يازده وفي العقار بالده دوازده والله تعالى أعلم الوكيل بشراء عبد بعينه اذا اشترى نصفه فالشراء موقوف ان اشترى باقيه قبل الخصومة لزم الموكل عند أصحابنا الثلاثة لانه امتثل أمر الوكيل وعند زفر يلزم الوكيل ولو خاصم الموكل الوكيل الى القاضي قبل أن يشتري الوكيل الباقي والزم القاضي الوكيل ثم ان الوكيل اشترى الباقي بعد ذلك يلزم الوكيل اجماعا لانه خالف وكذلك هذا في كل ما في تبعيضه ضرر وفي تشقيصه عيب كالعبد والامة والدابة والثوب وما أشبه ذلك وهذا بخلاف ما اذا وكله ببيع عبده فباع نصفه أو جزأ منه معلوما أنه يجوز عند أبي حنيفة سواء باع الباقي منه أولا والفرق له على نحو ما ذكرنا في التوكيل بالبيع مطلقاً ولو أعتقه بعد ما اشترى نصفه قبل أن يشتري الباقي قال أبو يوسف ان أعتقه الموكل جاز وان أعتقه الوكيل لم يجز وقال محمد على القلب من ذلك (وجه) قول محمد ان الوكيل قد خالف فيما وكل به فلم يكن مشتريا للموكل فكيف ينفذ منه اعتاقه وهو في الظاهر مشتر لنفسه فينفذ اعتاقه ولابي يوسف ان اعتاق الموكل صادف عقداً موقوفا نفاذه على اجازته فكان الاعتاق اجازة منه كما اذا صرح بالاجازة واعتاق الوكيل لم يصادف عقداً موقوفا على اجازته لان الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك الشراء لنفسه فلم يحتمل التوقف على اجازته فبطل وان كان وكله بشراء شيء ليس في تبعيضه ضرر ولا في تشقيصه عيب فاشترى نصفه يلزم الموكل ولا يقف لزومه على شراء الباقي نحو ان وكله بشراء كر حنطة بمائة درهم فاشترى نصف الكر بخمسين وكذا لو وكله بشراء عبدين بالف درهم فاشترى أحدهما بخمسمائة لزم الموكل اجماعا وكذا لو وكله بشراء جماعة من العبيد فاشترى واحداً منها والله أعلم الوكيل بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم اذا اشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع مثله عشرة أرطال بدرهم لزم الموكل منه عشرة أرطال بنصف درهم عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يلزمه العشرون بدرهم ولو اشترى عشرة أرطال ونصف رطل بدرهم يلزم الموكل استحسانا (وجه) قول أبي يوسف ان هذا خلاف صورة لا معنى لانه خلاف الى خير وذا لا يمنع النفاذ على الموكل كما اذا اشترى عشرة أرطال ونصف بدرهم انه يلزم الموكل كذا هذا (وجه) قولهما ان الوكيل يتصرف بحكم الآمر فلا يتعدى تصرفه موضع الامر وقد أمره بشراء عشرة أرطال فلا يلزمه الزيادة على ذلك بخلاف ما اذا اشترى عشرة أرطال ونصف رطل بدرهم لان الزيادة القليلة لا تتحقق زيادة

لدخولها

لدخولها بين الوزنين ولو وكله بشراء عبد بمائة فاشترى بها عبدين كل واحد منهما يساوي مائة روى عن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يلزم الموكل واحد منهما وقال أبو حنيفة اذا وكل رجلا بشراء عبدين باعيانهما بالف درهم وقيمتهما سواء فاشترى أحدهما بستمائة درهم لا يلزم الموكل الا أن يشترى الثاني ببقية الالف وقال أبو يوسف ومحمد اذا كانت الزيادة مما يتغابن الناس في مثلها يلزمه وهـذا لا يتحقق خلافا والله عز وجل أعلم الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك أن يشتريه لنفسه واذا اشترى يقع الشراء للموكل لان شراءه لنفسه عزل لنفسه عن الوكالة وهو لا يملك ذلك الا بمحضر من الموكل كما لا يملك الموكل عزله الا بمحضر منه على ما نذكره في موضعه ان شاء الله تعالى (وأما) الوكيل بشراء شيء بغير عينه اذا اشترى يكون مشتريا لنفسه الا أن ينويه للموكل وجملة الكلام فيه انه اذا قال اشتريته لنفسي وصدقه الموكل فالمشترى له واذا قال الموكل اشتريته لي وصـدقه الوكيل فالمشترى للموكل لان الوكيل بشراء شيء بغير عينه يملك الشراء لنفسه كما يملك للموكل فاحتمل شراؤه لنفسه واحتمل شراؤه لموكله فيحكم فيه التصديق فيحمل على أحد الوجهين بتصادقهما ولو اختلفا فقال الوكيل اشـتريته لنفسي وقال الموكل بل اشتريته لي يحكم فيه الثمن فان أدى الوكيل الثمن من دراهم نفسه فالمشـتري له وان أداه من دراهم موكله فالمشـتري لموكله لان الظاهر نقـدا لثمن من مال من يشـتري له فكان الظاهر شاهدا للثمن فكان صادقا في حكمه (وأما) اذا لم تحضره النية وقت الشراء واتفقا عليه يحكم فيه الثمن أيضاً عند أبي يوسف وعند محمد يكون الشراء للوكيل (وجه) قول محمد ان الاصل أن يكون الانسان متصرفا لنفسه لا لغيره فكان الظاهر شاهداً للوكيل فكان المشترى له (وجـه) قول أبي يوسف ان أمور المسلمين محمولة على الصلاح والسداد ما أمكن وذلك في تحكيم الثمن على ما مر والله تعالى أعلم الوكيل بالشراء لا يملك الشراء من نفسه لان الحقوق في باب الشراء ترجع الى الوكيل فيؤدي الى الاحالة وهو أن يكون الشخص الواحـد في زمان واحـد مسلماً ومتسلماً مطالبا ومطالباً ولانه متهم في الشراء من نفسه ولو أمره الموكل بذلك لا يصح لما ذكرنا وكذلك لو اشترى من ولده الصغير لان ذلك شراء من نفسه وكذلك لو اشترى من عبده الذي لا دين عليه أو مكاتبه وكذا الوكيل بالشراء لا يملك الشراء من أبيه وجده و ولده وولد ولده و زوجته وكل من لا تقبل شهادته له عند أبي حنيفة وعندهما يجوز اذا اشترى بمثل القيمة أو باقل أو بزيادة يتغابن في مثلها وأجمعوا على أنه لا يملك الشراء من عبده الذي لا دين عليه ومكاتبه وقد مرت المسئلة بحججها من قبل ولو كانت الوكالة عامة بان قال له اعمل ما شئت أو قال له بع من هؤلاء أو أجاز ما صنعه الوكيل جاز لان المانع من الجواز التهمة وقـد زالت بالامر والاجازة ولو دفع اليه دراهم ووكله أن يشتري له بها طعاما فهو على الحنطة والدقيق لا عـلى الفاكهة واللحم والخبـز لان الطعام في الحقيقة وان كان اسما لما يطعم لـكنه ينصرف الى الحنطة والدقيق بقرينة الشراء في العرف ولهذا سمي السوق الذي تباع فيه الحنطة والدقيق سوق الطعام دون غـيره الا اذا كان المدفوع اليه قليلا كالدراهم ونحوه أو كان هناك وليمة فينصرف الى الخبز وقيل يحكم الثمن ان كان قليلا ينصرف الى الخبز وان كان كثيرا ينصرف اليهما ولو قال اشتر لي بدرهم لحما ينصرف الى اللحم الذي يباع في السوق و يشـتري الناس منه في الاغلب من لحم الضأن والمعز والبقر والابل ان جرت العادة بشرائه ولا ينصرف الى المشوي والمطبوخ الا اذا كان مسافرا أو نزل خانا ودفع الى انسان درهما ليشتري به لحمـاً ولا الى لحم الطير والوحش والسمك ولا الى شاة حية ولا الى مذبوحة غير مسلوخة لانعدام جريان العادة باشترائه وان اشترى مسلوخا جاز على الموكل لان المسلوخ يباع في الاسواق في العادة ولا الى البطن والـكرش والـكبد والرأس والـكراع لانها ليست بلحم ولا يشـترى مقصوداً أيضاً بل تبعاً للحم فـلا ينصرف مطلق التوكيل اليه بخـلاف ما اذا حلف لا يأكل لحما فأكل هذه الاشياء انه يحنث لان مبنى الايمان على العرف ذكرا وتسمية ومبنى الوكالة على العرف عادة وفعلا ألا ترى ان حـكم الحنث يلزم بأكل القديد ولو اشـترى الوكيل القديد لا يلزم الموكل لانعدام العادة ببيع القديد في الاسواق في الغالب ولا الى شحم البطن والالية لانهمـا ليسا بلحم ولو وكله بشراء الية لا يملك أن يشتري لحماً لانهما مختلفان اسما ومقصوداً ولو وكله أن يشتري سمكا بدرهم فهو

فهو على الطرى الكبار دون المالح والصغار لان العادة شراء الطرى الكبار منه دون المالح ودون الصغار ولو وكله بشراء الرأس فهو على النىء دون المطبوخ والمشوى وهو على رأس الغنم دون البقر والابل الا فى موضع جرت العادة بذلك والمذكور من الخلاف فى الجامع الصغير يرجع الى اختلاف العصر والزمان دون الحقيقة ودون رأس العصفور والسمك والجراد لانعدام العادة ولو وكله بشراء دهن فله أن يشترى أى دهن شاء وكذا اذا وكله بشراء فاكهة له أن يشترى أى فاكهة تباع فى السوق عادة ولو وكله بشراء البيض فهو على بيض الدجاج وان كانت اليمين المنعقدة عليه تقع على بيض الطيور كلها لما ذكرنا ولو وكله أن يشترى لبنا فهو على ما يباع فى عادة البلد فى السوق من الغنم والبقر والابل وكذا اذا وكله بشراء السمن فان استويا فهو عليهما جميعاً بخلاف ما اذا حلف لا يذوق لبنا ان ذلك يقع على لبن الغنم والبقر والابل لما ذكرنا من العرف والله تعالى أعلم الوكيل بشراء الكبش لا يملك شراء النعجة حتى لو اشترى لا يلزم الموكل لان الكبش اسم للذكر والنعجة اسم للانثى وكذا لو وكله بشراء عناق فاشترى جديا أو شراء فرس أو برذون فاشترى رمكة لا يجوز على الموكل والبقر يقع على الذكر والانثى وكذا البقرة فى رواية الجامع قال الله تعالى ان الله يأمركم أن تذبحوا بقرة قيل انها كانت ذكرا وقال سبحانه وتعالى لا ذلول تثير الارض واثارة الارض عمل الثيران وذكر القدورى رحمه الله انها تقع على الانثى والصحيح رواية الجامع لما ذكرنا والدجاج يقع على الذكر والانثى والدجاجة على الانثى والبعير على الذكر والناقة على الانثى والبختى ضرب خاص من الابل والنجيبة ضرب معروف بسرعة السير وهى كالحمارة فى عرف بلادنا ولا يقع اسم البقر على الجاموس وان كان من جنس البقر حتى يتم به نصاب الزكاة لبعده عن أوهامهم لقلته فيهم والله تعالى أعلم الوكيل بالشراء اذا أمر غيره فاشترى ان فعله بحضرة الاول أو باجازته أو باجازة الموكل جاز على الموكل والا فلا الا اذا كانت الوكالة عامة على ما مر والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ الوكيلان هل ينفرد أحدهما بالتصرف فيما وكلا به أما الوكيلان بالبيع فلا يملك أحدهما التصرف بدون صاحبه ولو فعل لم يجز حتى يجيز صاحبه أو الموكل لان البيع مما يحتاج فيه الى الرأى والموكل انما رضى برأيهما لا برأى أحدهما واجتماعهما على ذلك ممكن فلم يمتثل أمر الموكل فلا ينفذ عليه وكذا الوكيلان بالشراء سواء كان الثمن مسمى أو لم يكن وسواء كان الوكيل الآخر غائباً أو حاضراً لما ذكرنا فى البيع الا ان فى الشراء اذا اشترى أحدهما بدون صاحبه ينفذ على المشترى ولا يقف على الاجازة وفى البيع يقف على الاجازة وقد مر الفرق وكذلك الوكيلان بالنكاح والطلاق على مال والعتق على مال والخلع والكتابة وكل عقد فيه بدل هو مال لان كل ذلك مما يحتاج الى الرأى ولم يرض برأى أحدهما بانفراده وكذا ما خرج مخرج التمليك بان قال لرجلين جعلت أمر امرأتى بيدكما أو قال لهما طلقا امرأتى ان شئتما لا ينفرد أحدهما بالتطليق لانه جعل أمر اليد تمليكا ألا ترى انه يقف على المجلس والتمليكات هى التى تختص بالمجلس والتمليك على هذا الوجه مشروط بالمشيئة كأنه قال طلقا امرأتى ان شئتما وهناك لا يملك أحدهما التطليق دون صاحبه لان المعلق بشرطين لا ينزل الا عند وجودهما فكذا هذا وكذا الوكيلان بقبض الدين لا يملك أحدهما ان يقبض دون صاحبه لان قبض الدين مما يحتاج الى الرأى والامانة وقد فوض الرأى اليهما جميعاً لا الى أحدهما ورضى بأمانتهما جميعاً لا بأمانة أحدهما فان قبض أحدهما لم يبرئه الغريم حتى يصل ما قبضه الى صاحبه فيقع فى أيديهما جميعاً أو يصل الى الموكل لانه لما وصل المقبوض الى صاحبه أو الى الموكل فقد حصل المقصود بالقبض فصار كأنهما قبضاه جميعاً ابتداء (وأما) الوكيلان بالطلاق على غير مال والعتق على غير مال والوكيلان بتسليم الهبة ورد الوديعة وقضاء الدين فينفرد أحدهما بالتصرف فيما وكلا به لان هذه التصرفات مما لا تحتاج الى الرأى فكان اضافة التوكيل اليهما تفويضاً للتصرف الى كل واحد منهما بانفراده (وأما) الوكيلان بالخصومة فكل واحد منهما يتصرف بانفراده عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا ينفرد (وجه) قوله ان الخصومة مما يحتاج الى الرأى ولم يرض برأى أحدهما فلا يملكها أحدهما دون صاحبه (وجه) قول أصحابنا الثلاثة ان الغرض من

الخصومة اعلام القاضي بما يملكه المخاصم واستماعه واجتماع الوكيلين على ذلك يخل بالاعلام والاستماع لان ازدحام الكلام يخل بالفهم فكان اضافة التوكيل اليهما تفويضاً للخصومة الى كل واحد منهما فأيهما خاصم كان ممتثلا الا انه لا يملك أحدهما القبض دون صاحبه وان كان الوكيل بالخصومة يملك القبض عندنا لان اجتماعهما على القبض ممكن فلا يكون راضياً بقبض أحدهما بانفراده (وأما) المضارب فلا يملك أحدهما التصرف بدون اذن صاحبه اجماعا وفى الوصيين خلاف بين أصحابنا نذكره فى كتاب الوصية والله تعالى أعلم الوكيل هل يملك الحقوق جملة الكلام فيه ان الموكل به نوعان نوع لا حقوق له الا ما أمر به الموكل كالوكيل بتقاضى الدين والتوكيل بالملازمة ونحوه ونوع له حقوق كالبيع والشراء والنكاح والخلع ونحوه (اما) التوكيل بالبيع والشراء فحقوقها ترجع الى الوكيل فيسلم المبيع ويقبضه ويقبض الثمن ويطالب به ويخاصم فى العيب وقت الاستحقاق والاصل ان كل عقد لا يحتاج فيه الى اضافته الى الموكل ويكتفى فيه بالاضافة الى نفسه فحقوقه راجعة الى العاقد كالبياعات والاشربة والاجارات والصلح الذى هو فى معنى البيع فحقوق هذه العقود ترجع للوكيل وعليه ويكون الوكيل فى هذه الحقوق كالمالك والمالك كالاجنبي حتى لا يملك الموكل مطالبة المشترى من الوكيل بالثمن ولو طالبه فأبى لا يجبر على تسليم الثمن اليه ولو أمره الوكيل بقبض الثمن ملك المطالبة وأيهما طالب المشترى بالثمن يجبر على التسليم اليه ولو نهاه الوكيل عن قبض الثمن صح نهيه ولو نهى الموكل الوكيل عن قبض الثمن لا يعمل نهيه غير ان المشترى اذا نقد الثمن الى الموكل يبرأ عن الثمن استحسانا وكذا الوكيل هو المطالب بتسليم المبيع اذا نقد المشترى الثمن ولا يطالب به الموكل واذا استحق المبيع فى يد المشترى يرجع بالثمن على الوكيل ان كان نقد الثمن اليه وان كان نقده الى الموكل يرجع بالثمن عليه وكذا اذا وجد المشترى بالمبيع عيبا له أن يخاصم الوكيل واذا أثبت العيب عليه ورده عليه بقضاء القاضى أخذ الثمن من الوكيل ان كان نقده الثمن وان كان نقده الى الموكل أخذه منه وكذا الوكيل بالشراء هو المطالب بالثمن دون الموكل وهو الذى يقبض المبيع دون الموكل واذا استحق المبيع فى يده فهو الذى يتولى الرجوع بالثمن على بائعه دون الموكل ولو وجد بالمبيع عيباً ان كان المبيع فى يده ولم يسلمه الى الموكل بعد فله أن يرده على بائعه بالعيب وان كان قد سلمه الى موكله ليس له أن يرده عليه الا برضا موكله وكذلك هذا فى الاجارة والاستئجار وأخواتهما وكل عقد يحتاج فيه الى اضافته الى الموكل فحقوقه ترجع الى الموكل كالنكاح والطلاق على مال والعتاق على مال والخلع والصلح عن دم العمد والكتابة والصلح عن انكار المدعى عليه ونحوه فحقوق هذه العقود تكون للموكل وعليه والوكيل فيها يكون سفيراً ومعبراً محضاً حتى ان وكيل الزوج فى النكاح لا يطالب بالمهر وانما يطالب به الزوج الا اذا ضمن المهر فحينئذ يطالب به لكن بحكم الضمان ووكيل المرأة فى النكاح لا يملك قبض المهر وكذا الوكيل بالكتابة والخلع لا يملك قبض بدل الكتابة والخلع ان كان وكيل الزوج وان كان وكيل المرأة لا يطالب ببدل الخلع الا بالضمان وكذا الوكيل بالصلح عن دم العمد وهذا الذى ذكرنا ان حقوق العقد فى البيع والشراء وأخواتهما ترجع الى الوكيل مذهب علمائنا وقال الشافعى رحمه الله لا يرجع شئ من الحقوق الى الوكيل وانما يرجع الى الموكل (وجه) قوله ان الوكيل متصرف بطريق النيابة عن الموكل وتصرف النائب تصرف المنوب عنه ألا ترى ان حكم تصرفه يقع للموكل فكذا حقوقه لان الحقوق تابعة للحكم والحكم هو المتبوع فاذا كان الاصل له فكذا التابع (ولنا) ان الوكيل هو العاقد حقيقة فكانت حقوق العقد راجعة اليه كما اذا تولى الموكل بنفسه ولا شك ان الوكيل هو العاقد حقيقة لان عقده كلامه القائم بذاته حقيقة ويستحيل أن يكون الانسان فاعلا بفعل الغير حقيقة وهذه حقيقة مقررة بالشريعة قال الله عز وجل وأن ليس للانسان الا ما سعى وقال الله عز شأنه لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت وكان ينبغى أن يكون أصل الحكم له أيضاً لان السبب وجد منه حقيقة وشرعا الا ان الشرع أثبت أصل الحكم للموكل لان الوكيل انما فعله له بأمره وانابته وفعل المأمور مضاف الى الآمر فتعارض الشبهان فوجب اعتبارهما بقدر الامكان فعملنا بشبه الآمر والانابة بايجاب أصل الحكم للموكل ونسبة الحقيقة المقررة بالشريعة

باثبات توابع الحكم للوكيل توفيراً على الشبهين حظهما من الحكم ولا يمكن الحكم بالعكس وهو اثبات أصل الحكم للوكيل واثبات التوابع للموكل لان الاصل فى نفاذ تصرف الوكيل هو الولاية لانها علة نفاذه اذ لا ملك له والموكل أصل فى الولاية والوكيل تابع له لانه لا يتصرف بولاية نفسه لعدم الملك بل بولاية مستفادة من قبل الموكل فكان اثبات أصل الحكم للموكل واثبات التوابع للوكيل وضع الشئ فى موضعه وهو حد الحكمة وعكسه وضع الشئ فى غير موضعه وهو حد السفه بخلاف النكاح وأخواته لان الوكيل هناك ليس بنائب عن الموكل بل هو سفير ومعبر بمنزلة الرسول ألا ترى انه لا يضيف العقد الى نفسه بل الى موكله فانعدمت النيابة فبقى سفيراً محضاً فاعتبر العقد موجوداً من الموكل من كل وجه فترجع الحقوق اليه ثم نقول انما تلزمه العهدة وترجع الحقوق اليه اذا كان من أهل العهدة (فاما) اذا لم يكن بان كان صبياً محجوراً ينفذ بيعه وشراؤه وتكون العهدة على الموكل لا عليه لان ذلك من باب التبرع والصبي ليس من أهل التبرع لكونه من التصرفات الضارة المحضة فيقع محضا لحصول التجربة والممارسة له فى التصرفات ولا خيار للمشترى من الوكيل المحجور سواء علم انه محجور أو لم يعلم فى ظاهر الرواية وعن أبى يوسف انه ان كان عالما فلا خيار له فاما اذا كان جاهلا فله الخيار ان شاء فسخ العقد وان شاء أمضاه (وجه) قوله ان الرضا شرط جواز التجارة وقد اختل الرضا لانه لما أقدم على العقد على أن تكون العهدة على العاقد فاذا تبين انها ليست عليه اختل رضاه فثبت له الخيار كما اذا ظهر به عيب (وجه) ظاهر الرواية ان الجهل بالحجر ليس بعذر لانه يمكنه الوصول اليه خصوصاً فى حق الصبي لان الاصل فيه هو الحجر والاذن بعارض الرشد فكان سبب الوصول الى العلم قائماً فالجهل به لتقصير من جهته فلا يعذر ويعتبر عالما ولو علم بالحجر حقيقة لما ثبت له الخيار كذا هذا والله تعالى أعلم الوكيل بالهبة والصدقة والاعارة والايداع والرهن والقرض اذا فعل ما أمر به وقبض لا يملك المطالبة برد شئ من ذلك الى يده ولا أن يقبض الوديعة والعارية والرهن ولا القرض ممن عليه لان الحكم فى هذه العقود يقف على القبض ولا صنع للوكيل فى القبض بل هو صنع القابض فى محل مملوك للمولى فكانت حقوق العقد راجعة اليه وكان الوكيل سفيرا عنه بمنزلة الرسول بخلاف الوكيل بالبيع وأخواته لان الحكم فيها للعقد لا للقبض وهو العاقد حقيقة وشرعا على ما قررنا فكانت الحقوق عائدة اليه وكذا فى التوكيل بالاستعارة والارتهان والاستيهاب الحكم والحقوق ترجع الى الموكل وكذا فى التوكيل بالشركة والمضاربة لما قلنا وللوكيل أن يوكل غيره فى الحقوق لانه أصل فى الحقوق والمالك أجنبي عنها فملك توكيل غيره فيها (ومنها) ان المقبوض فى يد الوكيل بجهة التوكيل بالبيع والشراء وقبض الدين والعين وقضاء الدين أمانة بمنزلة الوديعة لان يده يد نيابة عن الموكل بمنزلة يد المودع فيضمن بما يضمن فى الودائع ويبرأ بما يبرأ فيها ويكون القول قوله فى دفع الضمان عن نفسه ولو دفع اليه مالا وقال اقضه فلانا عن دينى فقال الوكيل قد قضيت صاحب الدين فادفعه الى وكذبه صاحب الدين فالقول قول الوكيل فى براءة نفسه عن الضمان والقول قول الطالب فى انه لم يقبضه حتى لا يسقط دينه عن الموكل لان الوكيل أمين فيصدق فى دفع الضمان عن نفسه ولا يصدق على الغريم فى ابطال حقه وتجب اليمين على أحدهما لا عليهما لانه لا بد للموكل من تصديق أحدهما وتكذيب الآخر فيحلف المكذب منهما دون المصدق فان صدق الوكيل فى الدفع يحلف الطالب بالله عز وجل ما قبضه فان حلف لم يظهر قبضه ولم يسقط دينه وان نكل ظهر قبضه وسقط دينه عن الموكل وان صدق الطالب انه لم يقبضه وكذب الوكيل يحلف بالله تعالى لقد دفعه اليه فان حلف برئ وان نكل لزمه ما دفع اليه وكذلك لو أودع ماله رجلا وأمره أن يدفع الوديعة الى فلان فقال المودع دفعت وكذبه فلان فهو على التفصيل الذى ذكرنا ولو دفع المودع الوديعة الى رجل وادعى انه قد دفعها اليه بامر صاحب الوديعة وأنكر صاحب الوديعة الامر فالقول قوله مع يمينه انه لم يأمره بذلك لان المودع يدعى عليه الامر وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه ولو كان المال مضمونا على رجل كالمغصوب فى يد الغاصب أو الدين على الغريم فأمر الطالب أو المغصوب منه أن يدفعه الى فلان فقال المأمور قد دفعت اليه وقال فلان ما قبضت فالقول قول

فلان

فلان انه لم يقبض ولا يصدق الوكيل على الدفع الا ببينة أو بتصديق الموكل لان الضمان قد وجب عليه وهو يدعى الدفع الى فلان يريد ابراء نفسه عن الضمان الواجب فلا يصدق الا ببينة أو بتصديق الموكل فان صدقه الموكل يبرأ أيضاً لانه اذا صدقه فقد أبرأه عن الضمان ولكنهما لا يصدقان على القابض و يكون القول قوله انه لم يقبضه مع يمينه لان قولهما حجة فى حق أنفسهما لا فى ابطال حق الغير مع يمين الطالب لانه منكر للقبض والقول قول المنكر مع يمينه ولو كذبه الموكل فى الدفع وطلب الوكيل يمينه فانه يحلف على العلم بالله تعالى ما يعلم انه دفع فان حلف أخذ منه الضمان وان نكل سقط الضمان عنه ولو ان الوكيل المدفوع اليه المال قضى الدين من مال نفسه وأمسك ما دفع اليه الموكل جاز لانه لو لم يدفع اليه الدراهم أصلا وقضى الوكيل من مال نفسه جاز على الموكل لان الوكيل بقضاء الدين فى الحقيقة وكيل بشراء الدين من الطالب والوكيل بالشراء اذا نقد الثمن من مال نفسه جاز فهذا أولى ولو لم يدفع اليه شيأ ولكنه أمره بقضاء دينه فقال الوكيل قضيته وكذبه الطالب والموكل فأقام الوكيل البينة انه قد قضى صاحب الدين قبلت بينته و برئ الموكل من الدين و يرجع الوكيل على الموكل بما قضى عنه لان الثابت بالبينة كالثابت حسا ومشاهدة وقد ثبت قضاء الدين بالبينة فله ان يرجع ولو لم تكن له بينة وكذبه الطالب والموكل فالقول قولهما مع اليمين لان الوكيل بدعوى القبض يريد ايجاب الضمان على الطالب لانه يريد اسقاط الدين عن الموكل وذلك بطريق المقاصة وهو أن يصير المقبوض مضمونا على القابض الطالب ديناً عليه وله على الموكل دين مثله فيلتقيان قصاصاً والطالب منكر وكذا الموكل منكر لوجوب الضمان عليه فكان القول قولهما مع اليمين أو يقال ان الوكيل بقوله قضيت يدعى على الطالب بيع دينه من الغريم وعلى المشترى الشراء منه وهما منكران فكان القول قولهما مع اليمين و يحلف الموكل على العلم لانه يحلف على فعل غيره وهو قبض الطالب وان صدقه الموكل فى القضاء وكذبه الطالب يصدق على الموكل دون الطالب حتى يرجع على الموكل بما قضى و يغرم ألفاً أخرى للطالب لان الموكل صدقه فى دعوى القضاء عنه بأمره وهو مصدق على نفسه فى تصديقه فثبت القضاء فى حقه فكان القول قوله مع يمينه هكذا ذكر القدورى رحمه الله وذكر فى الجامع ان الوكيل لا يرجع على الموكل وان صدقه الموكل لان حق الرجوع يعتمد وجود القضاء ولم يوجد لان الطالب منكر الا انا نقول انكار الطالب يمنع وجود القضاء فى حقه لانه منكر ما لا يمنع وجوده فى حق الموكل لانه مقر واقرار كل مقر حجة فى حقه فكان الاول أشبه ولو دفع الى انسان مالا ليقضى دينه فقضاه الموكل بنفسه ثم قضاه الوكيل فان كان الوكيل لم يعلم بما فعله الموكل فلا ضمان على الوكيل و يرجع الموكل على الطالب بما قبض من الوكيل وان علم بان الموكل قد قضاه بنفسه فهو ضامن لان الموكل لما قضاه بنفسه فقد عزل الوكيل الا ان عزل الوكيل لا يصح الا بعد علمه به فاذا علم بفعل الموكل فقد علم بالعزل فصار متعديا فى الدفع فيلزمه الضمان واذا لم يعلم فلم يوجد منه التعدى فلا ضمان عليه وليس هذا كالوكيل بدفع الزكاة اذا أدى الموكل بنفسه ثم أدى الوكيل انه يضمن الوكيل علم بأداء الموكل أو لم يعلم عند أبى حنيفة رحمه الله لان الوكيل بأداء الزكاة مأمور بأداء الزكاة وأداء الزكاة هو اسقاط الفرض بتمليك المال من الفقير ولم يوجد ذلك من الوكيل لحصوله من الموكل فبقى الدفع من الوكيل تعديا محضاً فكان مضمونا عليه فاما قضاء الدين فعبارة عن أداء مال مضمون على القابض على ما ذكرنا والمدفوع الى الطالب مقبوض عنه والمقبوض بجهة الضمان مضمون كالمقبوض على سوم الشراء لكونه مقبوضاً بجهة القضاء والمقبوض بجهة القضاء مضمون على القابض و يقال ان قضاء الدين عبارة عن نوع معاوضة وهو نوع شراء الدين بالمال والمقبوض من الوكيل مقبوض بجهة الشراء والمقبوض بجهة الشراء مضمون على المشترى بخلاف ما اذا دفعه على علمه بدفع الموكل لان هناك لم يوجد القبض بجهة الضمان لانعدام القبض بجهة القضاء فبقى تعديا فيجب عليه ضمان التعدى والقول قول الوكيل فى انه لم يعلم بدفع الموكل لان القول قول الامين فى دفع الضمان عن نفسه لكن مع اليمين وعلى هذا اذا مات الموكل ولم يعلم الوكيل بموته حتى قضى الدين لا ضمان عليه واذا كان عالما بموته ضمن لما قلنا والله عز وجل أعلم الوكيل ببيع العبد اذا قال بعت

وقبضت الثمن وهلك هذا على وجهين (اما) ان كان الموكل سلم العبد الى الوكيل أوكان لم يسلم اليه فان لم يكن سلم العبد اليه فقال الوكيل بعته من هذا الرجل وقبضت منه الثمن وهلك الثمن في يدي أوقال دفعته الى الموكل فهذا لايخلو اما ان صدقه في ذلك أوكذبه فان كذبه بالبيع أوصدقه بالبيع وكذبه في قبض الثمن أوصدقه فيهما وكذبه في الهلاك فان صدقه في ذلك كله يهلك الثمن من مال الموكل ولا شئ على الوكيل لانه يهلك أمانة في يده وان كذبه في ذلك كله بان كذبه بالبيع أوصدقه بالبيع وكذبه في قبض الثمن فان الوكيل يصدق في البيع ولا يصدق في قبض الثمن في حق الموكل لان اقرار الوكيل في حق نفسه جائز عليه والمشتري بالخيار ان شاء نقد الثمن ثانياً الى الموكل وأخذ منه المبيع وان شاء فسخ البيع وله أن يرجع في الحالين جميعاً على الوكيل بما نقده كذا ولو أقر الوكيل بالبيع و زعم ان الموكل قبض من المشتري الثمن وأنكر الموكل ذلك فان الوكيل يصدق في البيع ولا يصدق في اقراره على الموكل بالقبض لما ذكرنا و يجبر المشتري على ماذكرنا الا ان هناك لا يرجع على الوكيل بشئ لانه لم يوجد منه الاقرار بقبض الثمن وان صدقه الموكل في البيع وقبض الثمن وكذبه في الهلاك اوالدفع اليه فالقول قول الوكيل في دعوى الهلاك أوالدفع اليه مع يمينه لانه أمين و يجبر الموكل على تسليم العبد الى المشتري لانه ثبت البيع وقبض الثمن بتصديقه اياه ولا يؤمر المشتري بنقد الثمن ثانياً الى الموكل لانه ثبت وصول الثمن الى يد وكيله بتصديقه و وصول الثمن الى يد وكيله كوصوله الى يده هذا اذا لم يكن العبد مسلما الى الوكيل فأما اذا كان مسلماً اليه فقال الوكيل بعته من هذا الرجل وقبضت منه الثمن فهلك عندي أوقال دفعته الى الموكل أوقال قبض الموكل الثمن من المشتري فان الوكيل يصدق في ذلك كله و يسلم العبد الى المشتري و يبرأ المشتري من الثمن ولا يمين عليه (اما) اذا صدقه الموكل في ذلك كله فلا يشكل وكذا اذا كذبه في البيع أوصدقه فيه وكذبه في قبض الثمن لان الوكيل أقر ببراءة المشتري عن الثمن فلا يحلف و يحلف الوكيل فان حلف على مايدعيه برئ من الثمن وان نكل عن اليمين لزمه ضمان الثمن للموكل فان استحق العبد بعد ذلك من يد المشتري فانه يرجع بالثمن على الوكيل اذا أقر بقبض الثمن منه والوكيل لا يرجع على الموكل بما ضمن من الثمن للمشتري لان الموكل لم يصدقه على قبض الثمن فاقرار الوكيل في حقه جائز ولا يجوز في حق الرجوع على الموكل وله أن يحلف الموكل على العلم بقبض الوكيل فان نكل رجع عليه بما ضمن ولو أقر الموكل بقبض الوكيل الثمن لكنه كذبه في الهلاك أوالدفع اليه فان الوكيل يرجع بما ضمن عليه لان يد وكيله كيده ولو كان الوكيل لم يقر بقبض الثمن بنفسه ولكنه أقر ان الموكل قبضه من المشتري لا يرجع المشتري على الوكيل لانه لم يقبض منه الثمن ولا يرجع على الموكل أيضاً لان اقرارهما على الموكل لا يجوز ولو لم يستحق المبيع ولكنه وجد به عيباً كان له أن يخاصم الوكيل فاذا رد عليه بقضاء القاضي رجع عليه بالثمن ان أقر بقبض الثمن منه وللوكيل أن يرجع على الموكل بما ضمن اذا أقر الموكل بقبض الوكيل الثمن و يكون المبيع للموكل وان لم يقر الموكل بقبض الوكيل الثمن لا يرجع الوكيل بما ضمن على الموكل وله أن يحلف الموكل على العلم بقبضه فان نكل رجع عليه وان حلف لا يرجع ولكنه يبيع العبد فيستوفي ماضمن من ثمن العبد فان كان فيه فضل رده على الموكل وان كان فيه نقصان فلا يرجع بالنقصان على أحد ولو كان الوكيل لم يقر بقبض الثمن بنفسه ولكنه أقر بقبض الموكل لا يرجع المشتري بالثمن على الوكيل لانه لم يدفعه اليه ولا يرجع على الموكل أيضاً لانهما لا يصدقان عليه بالقبض وعلى الموكل اليمين على البتات فان نكل رجع عليه والمبيع له وان حلف لا يرجع عليه بشئ ولكن المبيع يباع عليه وذكر الطحاوي في الفصل الاول ان الوكيل يبيعه في قولهما وفي قول أبي حنيفة رحمه الله لا يبيعه وجعل هذا كبيع مال المديون المفلس ولكن الوكيل لو باعه يجوز بيعه لانه لما رد عليه فسخاً عادت الوكالة فاذا بيع العبد يستوفي المشتري الثمن منه ان أقر الوكيل بقبض الموكل ولم يقر بقبض نفسه وان أقر بقبض الثمن وضمن المشتري يأخذ من الثمن مقدار ماغرم فان كان فيه فضل رده على الموكل وان كان فيه نقصان لا يرجع على أحد (ومنها) ان الوكيل بقضاء الدين اذا لم يدفع الموكل اليه مالا ليقضي دينه منه فقضاه من

مال

مال نفسه يرجع بما قضى على الموكل لان الآمر بقضاء الدين من مال غيره استقراض منه والمقرض يرجع على المستقرض بما أقرضه وكذلك الوكيل بالشراء من غير دفع الثمن الى الوكيل توكيل بقضاء الدين وهو الثمن والوكيل بقضاء الدين اذا قضى من مال نفسه يرجع على الموكل فكذا الوكيل بالشراء وله أن يحبس المبيع لاستيفاء الثمن من الموكل عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر ليس له حبسه (وجه) قوله ان المبيع أمانة في يد الوكيل ألا ترى انه لو هلك في يده فالهلاك على الموكل حتى لا يسقط الثمن عنه وليس للامين حبس الامانة بعد طلب أهلها قال الله تعالى ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها فصار كالوديعة (ولنا) انه عاقد وجب الثمن له على من وقع له حكم البيع ضمانا للمبيع فكان له حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن كالبائع مع المشترى واذا طلب منه الموكل فحبسه حتى هلك كان مضمونا عليه بلا خلاف بين أصحابنا لكنهم اختلفوا في كيفية الضمان قال أبو حنيفة ومحمد يكون مضمونا ضمان البيع وقال أبو يوسف يكون مضمونا ضمان الرهن وقال زفر يكون مضمونا ضمان الغصب (وجه) قول زفر ما ذكرنا ان المبيع أمانة في يده والامين لا يملك حبس الامانة عن صاحبها فاذا حبسها فقد صار غاصبا والمغصوب مضمون بقدره من المثل أو بالقيمة بالغا ما بلغ (وجه) قول أبي يوسف ان هذه عين محبوسة بدين يسقط بهلاكها فكانت مضمونة بالاقل من قيمتها ومن الدين كالرهن (وجه) قولهما ان هذه عين محبوسة بدين هو ثمن فكانت مضمونة ضمان البيع كالمبيع في يد البائع وكذلك الوكيل بالبيع اذا باع وسلم وقبض الثمن ثم استحق المبيع في يد المشترى فانه يرجع بالثمن على الوكيل فيأخذ عينه ان كان قائما ومثله أو قيمته ان كان هالكا والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يخرج به الوكيل عن الوكالة فنقول وبالله التوفيق الوكيل يخرج عن الوكالة بأشياء (منها) عزل الموكل اياه ونهيه لان الوكالة عقد غير لازم فكان محتملا للفسخ بالعزل والنهى ولصحة العزل شرطان أحدهما علم الوكيل به لان العزل فسخ للعقد فلا يلزم حكمه الا بعد العلم به كالفسخ فاذا عزله وهو حاضر انعزل وكذا لو كان غائبا فكتب اليه كتاب العزل فبلغه الكتاب وعلم بما فيه انعزل لان الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر وكذلك لو أرسل اليه رسولا فبلغ الرسالة وقال ان فلانا أرسلني اليك ويقول انى عزلتك عن الوكالة فانه ينعزل كائنا ما كان الرسول عدلا كان أو غير عدل حرا كان أو عبدا صغيرا كان أو كبيرا بعد أن بلغ الرسالة على الوجه الذى ذكرنا لان الرسول قائم مقام المرسل معبر وسفير عنه فتصح سفارته بعد أن صحت عبارته على أى صفة كان وان لم يكتب كتابا ولا أرسل رسولا ولكن أخبره بالعزل رجلان عدلان كانا أو غير عدلين أو رجل واحد عدل ينعزل في قولهم جميعا سواء صدقه الوكيل أو لم يصدقه اذا ظهر صدق الخبر لان خبر الواحد مقبول في المعاملات فان لم يكن عدلا فخبر العدلين أو العدل أولى وان أخبره واحد غير عدل فان صدقه ينعزل بالاجماع وان كذبه لا ينعزل وان ظهر صدق الخبر في قول أبي حنيفة وعندهما ينعزل اذا ظهر صدق الخبر وان كذبه (وجه) قولهما ان الاخبار عن العزل من باب المعاملات فلا يشترط فيه العدد ولا العدالة كما في الاخبار في سائر المعاملات (وجه) قول أبي حنيفة ان الاخبار عن العزل له شبه الشهادة لان فيه الزام حكم المخبر به وهو العزل وهو لزوم الامتناع من التصرف ولزوم العهدة فيما يتصرف فيه بعد العزل فاشبه الشهادة فيجب اعتبار احد شرطيها وهو العدالة أو العدد وعلى هذا الاختلاف الشفيع اذا أخبره بالبيع واحد غير عدل فلم يصدقه ولم يطلب الشفعة حتى ظهر عنده صدق الخبر فهو على شفعته عند ابى حنيفه وعندهما بطلت شفعته وعلى هذا الاختلاف اذا جنى العبد جناية في بنى آدم ثم أخبر واحد غير عدل مولاه أن عبده قد جنى فلم يصدقه حتى اعتقه لا يصير المولى مختارا للفداء عند ابى حنيفة وعندهما يصير مختارا للفداء وعلى هذا الاختلاف العبد المأذون اذا بلغه حجر المولى من غير عدل فلم يصدقه لا يصير محجورا عنده وعندهما يصير محجورا وان عزله الموكل واشهد على عزله وهو غائب ولم يخبره بالعزل احد لا ينعزل ويكون تصرفه قبل العلم بعد العزل كتصرفه قبل العزل في جميع الاحكام التى بيناها وعن ابى يوسف في الموكل اذا عزل الوكيل ولم يعلم به فباع الوكيل وقبض الثمن فهلك الثمن في يد الوكيل ومات

العبد قبل التسليم الى المشترى كان للمشترى ان يرجع بالثمن على الوكيل و يرجع الوكيل على الموكل كما قبل العزل سواء لان العزل لم يصح لانعدام شرط صحته وهو العلم والثانى أن لا يتعلق بالوكالة حق الغير فاما اذا تعلق بها حق الغير فلا يصح العزل بغير رضا صاحب الحق لأن فى العزل ابطال حقه من غير رضاه ولا سبيل اليه وهو كمن رهن ماله عند رجل بدين له عليه أو وضعه على يدى عدل وجعل المرتهن أو العدل مسلطاً على بيعه وقبض ثمنه عند حل الاجل فعزل الراهن المسلط على البيع لا يصح به عزله لما ذكرنا وكذلك اذا وكل المدعى عليه وكيلا بالخصومة مع المدعى بالتماس المدعى فعزله المدعى عليه بغير حضرة المدعى لا ينعزل لما ذكرنا واختلف المشايخ فيمن وكل رجلا بطلاق امرأته ان غاب ثم عزله الزوج من غير حضرة المرأة ثم غاب قال بعضهم لا يصح عزله لانه تعلق بهذه الوكالة حق المرأة فاشبه الوكيل بالخصومة وقال بعضهم يصح عزله لانه غير مجبور على الطلاق ولا على التوكيل به وانما فعله باختياره فيملك عزله كما فى سائر الوكالات ولو وكل وكالة غير جائز الرجوع يعنى بالفارسية وكيلى دمار كست هل يملك عزله اختلف المشايخ قال بعضهم ان كان ذلك فى الطلاق والعتاق لا يملك لانه لما وكله وكالة ثابتة غير جائز الرجوع عنها فقد ألحق حكم هذا التوكيل بالامر ثم لو جعل امر امرأته الى رجل يطلقها متى شاء أو أمر عبده الى رجل يعتقه متى شاء لا يملك الرجوع عنه وكذا اذا قال لرجل طلق امرأتى ان شئت أو اعتق عبدى ان شئت لا يملك عزله كذا هذا وان كان فى البيع والشراء والاجارة والنكاح ونحوه يملك عزله وقال بعضهم انه يملك العزل فى الكل لان الوكالة ليست بلازمة بل هى اباحة وللمبيح حق المنع عن المباح ولو قال وقت التوكيل كلما عزلتك فانت وكيلى وكالة مستقبلة فعزله ينعزل ولكنه يصير وكيلا ثانيا وكالة مستقبلة كما شرط لان تعليق الوكالة بالشرط جائز ولو قال الموكل للوكيل كنت وكلتك وقلت لك كلما عزلتك فانت وكيلى فيه وقد عزلتك عن ذلك كله لا يصير وكيلا بعد ذلك الا بتوكيل جديد لان من علق التوكيل بشرط ثم عزله عن الوكالة قبل وجود الشرط ينعزل الوكيل ولا يصير وكيلا بعد ذلك بوجود الشرط وقال بعضهم فى التوكيل المعلق لا يملك العزل قبل وجود الشرط و يكون الوكيل على وكالته بعد العزل وكالة مستقبلة والاول أصح لانه لما ملك العزل فى المرسل ففى المعلق أولى (ومنها) موت الموكل لان التوكيل بامر الموكل وقد بطلت أهلية الآمر بالموت فتبطل الوكالة علم الوكيل بموته أم لا (ومنها) جنونه جنونا مطبقاً لان الجنون المطبق مبطل لاهلية الآمر واختلف أبو يوسف ومحمد فى حد الجنون المطبق فحده أبو يوسف بما يستوعب الشهر ومحمد بما يستوعب الحول (وجه) قول محمد ان المستوعب للحول هو المسقط للعبادات كلها فكان التقدير به أولى (وجه) قول أبى يوسف ان هذا القدر أدنى ما يسقط به عبادة الصوم فكان التقدير به أولى (ومنها) لحاقه بدار الحرب مرتداً عند أبى حنيفة وعندهما لا يخرج به الوكيل عن الوكالة بناء على ان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكانت وكالة الوكيل موقوفة أيضاً فان أسلم الموكل نفذت وان قتل على الردة أو لحق بدار الحرب بطلت وعندهما تصرفاته نافذة فكذا الوكالة وان كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت أو تلحق بدار الحرب اجماعا لان ردة المرأة لا تمنع نفاذ تصرفها لانها لا تؤثر فيما رتب عليه النفاذ وهو الملك (ومنها) عجز الموكل والحجر عليه بأن وكل المكاتب رجلا فعجز الموكل وكذا اذا وكل المأذون انسانا فحجر عليه لانه بالعجز والحجر عليه بطلت أهلية آمره بالتصرف فى المال فيبطل الامر فتبطل الوكالة (ومنها) موت الوكيل لان الموت مبطل لاهلية التصرف (ومنها) جنونه المطبق لما ذكرنا وان لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف الا ان يعود مسلماً لان أمره قبل الحكم بلحاقه بدار الحرب كان موقوفا فان عاد مسلماً زال التوقف وصار كانه لم يرتد أصلا وان حكم بلحاقه بدار الحرب ثم عاد مسلماً هل تعود الوكالة قال أبو يوسف لا تعود وقال محمد تعود (وجه) قوله ان نفس الردة لا تنافى الوكالة ألا ترى انها لا تبطل قبل لحاقه بدار الحرب الا انه لم يجز تصرفه فى دار الحرب لتعذر التنفيذ لاختلاف الدارين فاذا عاد زال المانع فيجوز ونظيره من وكل رجلا ببيع عبد بالكوفة فلم يبعه فيها حتى خرج الى البصرة لا يملك بيعه بالبصرة ثم اذا عاد الى الكوفة ملك بيعه فيها كذا هذا (وجه)

قول

قول أبي يوسف ان الوكالة عقد حكم ببطلانه بلحاقه بدار الحرب فلا يحتمل العود كالنكاح (وأما) الموكل اذا ارتد ولحق بدار الحرب ثم عاد مسلماً لا تعود الوكالة في ظاهر الرواية وروى عن محمد أنها تعود وجهه ان بطلان الوكالة لبطلان ملك الموكل فاذا عاد مسلماً عاد ملكه الاول فيعود بحقوقه (وجه) ظاهر الرواية ان لحوقه بدار الحرب بمنزلة الموت ولو مات لا يحتمل العود فكذا اذا لحق بدار الحرب (ومنها) أن يتصرف الموكل بنفسه فيما وكل به قبل تصرف الوكيل نحو ما اذا وكله ببيع عبده فباعه الموكل أو أعتقه أو دبره أو كاتبه أو وهبه وكذا اذا استحق أو كان حر الاصل لان الوكيل عجز عن التصرف لزوال ملك الموكل فينتهي حكم الوكالة كما اذا هلك العبد ولو باعه الموكل بنفسه ثم رد عليه بعيب بقضاء هل تعود الوكالة كما اذا هلك العبد قال أبو يوسف لا تعود وقال محمد تعود لان العائد بالفسخ عين الملك الاول فيعود بحقوقه (وجه) قول أبي يوسف ان تصرف الموكل نفسه يتضمن عزل الوكيل لانه أعجزه عن التصرف فيما وكله به والوكيل بعد ما انعزل لا يعود وكيلا الا بتجديد التوكيل ولو وكله أن يهب عبده فوهبه الموكل بنفسه ثم رجع في هبته لا تعود الوكالة حتى لا يملك الوكيل أن يهبه فمحمد يحتاج الى الفرق بين البيع وبين الهبة (ووجه) الفرق له لم يتضح وكذلك لو وكله بشراء شيء ثم اشتراه بنفسه وكذا اذا وكله بتزويج امرأة فتزوجها لانه عجز عن تزويجها منه فبطلت الوكالة وكذا اذا وكله بعتق عبده أو بالتدبير أو بالكتابة أو الهبة ففعل بنفسه لما قلنا وكذا اذا وكله بخلع امرأته ثم خلعها لان المختلعة لا تحتمل الخلع وكذا اذا وكله بطلاق امرأته فطلقها بنفسه ثلاثاً أو واحدة وانقضت عدتها لانها لا تحتمل الطلاق بعد الثلاث وانقضاء العدة حتى لو طلقها الزوج واحدة والعدة باقية فالوكالة قائمة لانها تحتمل الطلاق في العدة ولو وكله بالكتابة فكاتبه ثم عجز لم يكن له أن يكاتبه مرة ثانية وكذا لو وكله أن يزوجه امرأة فزوجه واباناها لم يكن للوكيل ان يزوجه مرة أخرى لان الامر بالفعل لا يقتضي التكرار فاذا فعل مرة حصل الامتثال فانتهى حكم الامر كما في الاوامر الشرعية بخلاف ما لو وكله ببيع عبده فباعه الوكيل ثم رد عليه بقضاء قاض ان له ان يبيعه ثانيا لان الرد بقضاء القاضي يوجب ارتفاع العقد من الاصل ويجعله كان لم يكن فلم يكن هذا تكرارا حتى لو رده عليه بغير قضاء قاض لم يجز له أن يبيعه لان هذا بيع جديد وقد انتهت الوكالة بالاول فلا يملك الثاني الا بتجديد التوكيل (ومنها) هلاك العبد الذي وكل ببيعه أو باعتاقه أو بهبته أو بتدبيره أو بكتابته أو نحو ذلك لان التصرف في المحل لا يتصور بعد هلاكه والوكالة بالتصرف فيما لا يحتمل التصرف محال فبطل ثم هذه الاشياء التي ذكرنا أنه أن يخرج بها الوكيل من الوكالة سوى العزل والنهي لا يفترق الحال فيها بين ما اذا علم الوكيل أو لم يعلم في حق الخروج عن الوكالة لكن تقع المفارقة فيها بين البعض والبعض من وجه آخر وهو ان الموكل اذا باع العبد الموكل ببيعه بنفسه ولم يعلم به الوكيل فباعه الوكيل وقبض الثمن فهلك الثمن في يده ومات العبد قبل التسليم الى المشتري ورجع المشتري على الوكيل بالثمن رجع الوكيل على الموكل وكذا لو دبره أو أعتقه أو استحق أو كان حر الاصل وفيما اذا مات الموكل أو جن أو هلك العبد الذي وكل ببيعه ونحوه لا يرجع الوكيل والفرق أن الوكيل هناك وان صار معزولا بتصرف الموكل لكنه صار مغرورا من جهته بترك اعلامه اياه فصار كفيلا له بما يلحقه من الضمان فيرجع عليه بضمان الكفالة اذ ضمان الغرور في الحقيقة ضمان الكفالة ومعنى الغرور لا يتقرر في الموت وهلاك العبد والجنون واخواتها فهو الفرق ولو وكله بقبض دين له على رجل ثم ان الموكل وهب المال للذي عليه الدين والوكيل لا يعلم بذلك فقبض الوكيل المال فهلك في يده كان لدافع الدين أن يأخذ به الموكل ولا ضمان على الوكيل لان يد الوكيل يد نيابة عن الموكل لانه قبضه بامره وقبض النائب كقبض المنوب عنه فكأنه قبضه بنفسه بعد ما وهبه منه ولو كان كذلك لرجع عليه فكذا هذا والله عز وجل أعلم

﴿ كتاب الصلح ﴾

الكلام في كتاب الصلح يقع في مواضع في بيان أنواع الصلح وفي بيان شرعية كل نوع وفي بيان ركن الصلح وفي

بيان شرائط الركن وفى بيان حكم الصلح وفى بيان مايبطل به عقد الصلح بعد وجوده وفى بيان حكمه اذا بطل أولم يصح من الاصل (أما) الاول فنقول وبالله التوفيق الصلح فى الاصل أنواع ثلاثة صلح عن اقرار المدعى عليه وصلح عن انكاره وصلح عن سكوته من غير اقرار ولا انكار وكل نوع من ذلك لايخلو اما أن يكون بين المدعى والمدعى عليه وإما أن يكون بين المدعى والاجنبي المتوسط فان كان بين المدعى والمدعى عليه فكل واحد من الانواع الثلاثة مشروع عند أصحابنا وقال ابن أبى ليلى المشروع هو الصلح عن اقرار وسكوت لاغيرهما وقال الشافعى رحمه الله المشروع هو الصلح عن اقرار لاغير (وجه) قول الشافعى رحمه الله ان جواز الصلح يستدعى حقاً ثابتاً ولم يوجد فى موضع الانكار والسكوت اما فى الانكار فلأن الحق لوثبت فانما يثبت بالدعوى وقد عارضها الانكار فلا يثبت الحق عند التعارض فاما فى السكوت فلان الساكت ينزل منكراً حكما حتى تسمع عليه البينة فكان انكاره معارضا لدعوى المدعى فلم يثبت الحق ولو بذل المال لبذله لدفع خصومة باطلة فكان فى معنى الرشوة (ولنا) ظاهر قوله تعالى والصلح خير وصف الله تعالى عزشأنه جنس الصلح بالخيرية ومعلوم ان الباطل لا يوصف بالخيرية فكان كل صلح مشروعا بظاهر هذا النص الا ماخص بدليل وعن سيدنا عمر رضى الله عنه أنه قال ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فان فصل القضاء يورث بينهم الضغائن أمر رضى الله عنه برد الخصوم الى الصلح مطلقاً وكان ذلك بمحضر من الصحابة الكرام رضى الله عنهم ولم ينكر عليه أحد فيكون اجماعا من الصحابة فيكون حجة قاطعة ولان الصلح شرع للحاجة الى قطع الخصومة والمنازعة والحاجة الى قطعها فى التحقيق عند الانكار اذ الاقرار مسالمة ومساعدة فكان أولى بالجواز ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله أجوز ما يكون الصلح على الانكار وقال الشيخ أبو منصور الماتريدى السمرقندى رحمه الله ماصنع الشيطان من ايقاع العداوة والبغضاء فى بنى آدم ماصنع الشافعى رحمه الله فى انكاره الصلح على الانكار وقوله ان الحق ليس بثابت قلنا هذا على الاطلاق ممنوع بل الحق ثابت فى زعم المدعى وحق الخصومة واليمين ثابتان له شرعا فكان هذا صلحاً عن حق ثابت فكان مشروعا

﴿ فصل ﴾ وأما ركن الصلح فالايجاب والقبول وهو أن يقول المدعى عليه صالحتك من كذا على كذا أومن دعواك كذا على كذا و يقول الآخر قبلت أو رضيت أومايدل على قبوله و رضاه فاذا وجد الايجاب والقبول فقد تم عقد الصلح

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الركن فانواع بعضها يرجع الى المصالح و بعضها يرجع الى المصالح عليه و بعضها يرجع الى المصالح عنه (أما) الذى يرجع الى المصالح فانواع (منها) أن يكون عاقلا وهذا شرط عام فى جميع التصرفات كلها فلا يصح صلح المجنون والصبي الذى لايعقل لانعدام أهلية التصرف بانعدام العقل (فاما) البلوغ فليس بشرط حتى يصح صلح الصبي فى الجملة وهو الصبي المأذون اذا كان له فيه نفع أولا يكون له فيه ضرر ظاهر بيان ذلك اذا وجب للصبي المأذون على انسان دين فصالحه على بعض حقه فان لم يكن له عليه بينة جاز الصلح لان عند انعدام البينة لاحق له الا الخصومة والحلف والمال أنفع له منهما وان كان له عليه بينة لايجوز الصلح لان الحط تبرع وهو لا يملك التبرعات ولو أخر الدين جاز سواء كانت له بينة أولا فرقا بينه و بين الصلح لان تأخير الدين من أعمال التجارة والصبي المأذون فى التجارات كالبالغ ألا ترى أنه يملك التأجيل فى نفس العقد بان يبيع باجل فيملكه متأخرا عن العقد أيضا بخلاف الحط لانه ليس من التجارة بل هو تبرع فلا يملكه الا أنه يملك حط بعض الثمن لاجل العيب لان حط بعض الثمن للعيب قد يكون أنفع من أخذ المبيع المعيب فكان ذلك من باب التجارة فيملكه ولو صالح الصبي المأذون من المسلم فيه على رأس المال جاز لان الصلح من المسلم فيه على رأس المال اقالة للعقد والاقالة من باب التجارة وكذلك لو اشترى سلعة وظهر بها عيب فصالح البائع على ان قبلها جاز لان الثمن انفع من المبيع المعيب عادة ولو صالحه البائع فحط عنه بعض الثمن لاشك فيه أنه يجوز لان الحط من البائع تبرع منه على الصبي فيصح ولو ادعى انسان

عليه

عليه دينا فاقر به فصالحه على ان حط عنه البعض جاز لان اقرار الصبي المأذون بالدين صحيح فكان الصلح تبرعا على الصبي بحط بعض الحق الواجب عليه والصبي من أهل أن يتبرع عليه فيصح وكذلك حرية المصالح ليست بشرط لصحة الصلح حتى يصح صلح العبد المأذون اذا كان له فيه منفعة أو كان من التجارة الا أنه لا يملك الصلح على حط بعض الحق اذا كان له عليه بينة و يملك التأجيل كيف ما كان و يملك حط بعض الثمن لاجل العيب لما قلنا ولو صالحه البائع على حط بعض الثمن جاز لما ذكرنا في الصبي المأذون وكذلك لو ادعى على انسان دينا وهو مأذون فأقر به ثم صالحه على أن حط بعضه جاز لان اقرار العبد المأذون بالدين صحيح فكان الحط من المدعى تبرعا على العبد ببعض الدين فيصح ولو حجر عليه المولى ثم ادعى انسان عليه دينا فأقر به وهو محجور ثم صالحه عنه على مال ضمنه باقراره فان لم يكن في يده مال لا ينفذ الصلح لان اقرار المحجور لا ينفذ اذا لم يكن في يده مال واذا لم ينفذ لم ينفذ الصلح فلا يطالب به للحال ولكن يطالب به بعد العتق لان اقراره من نفسه صحيح لصدوره من أهله الا أنه اذا لم يظهر في حق المولى للحال لمانع وهو حق المولى فاذا عتق زال المانع فيظهر حينئذ وأما اذا كان في يده مال فيجوز اقراره عند أبي حنيفة وعندهما لا يجوز (وجه) قولهما ان هذا اقرار المحجور لبطلان الاذن بالحجر واقرار المحجور غير صحيح (وجه) قول أبي حنيفة ان اقرار المحجور اذا كان في يده مال صحيح لان العبد المحجور من أهل الاقرار وانما المانع من ظهوره حق المولى فاذا كانت يده ثابتة على هذا المال منع ظهور حق المولى لانه يحتمل أن يكون صادقا في اقراره فيمنع ظهور حق المولى فيه و يحتمل أن يكون كاذبا فلا يظهر فلا تبطل يده الثابتة عليه بالشك بخلاف ما اذا لم يكن في يده مال لان يد المولى ثابتة حقيقة والاقرار في نفسه محتمل فلا يوجب بطلان يده الثابتة حقيقة مع الشك والاحتمال وكذلك المكاتب نظير العبد المأذون في جميع ما ذكرنا لانه عبد ما بقي عليه درهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فان عجز المكاتب فادعى رجل عليه دينا فاصطلحا على أن يأخذ بعضه و يؤخر بعضه فان لم يكن له عليه بينة لا يجوز لانه لما عجز فقد صار محجورا عن التصرف فلا يصح صلحه وان كانت له عليه بينة جاز لانه وان عجز فالخصم في ديونه هو فيملك التصرف فيها لحط البعض بالصلح (ومنها) أن لا يكون المصالح بالصلح على الصغير مضرا به مضرة ظاهرة حتى ان من ادعى على صبي دينا فصالح أب الوصي من دعواه على مال الصبي الصغير فان كان للمدعى بينة وما أعطى من المال مثل الحق المدعى أو زيادة يتغابن في مثلها فالصلح جائز لان الصلح في هذه الصورة لمعنى المعاوضة لامكان الوصول الى كل الحق بالبينة والاب يملك المعاوضة من مال الصغير بالغبن اليسير وان لم تكن له بينة لا يجوز لان عند انعدام البينة يقع الصلح تبرعا بمال الصغير وانه ضرر محض فلا يملكه الاب ولو صالح من مال نفسه جاز لانه ما أضر بالصغير بل نفعه حيث قطع الخصومة عنه ولو ادعى أب الصغير على انسان دينا للصغير فصالح على أن حط بعضه واخذ الباقي فان كان له عليه بينة لا يجوز لان الحط منه تبرع من ماله وهو لا يملك ذلك وان صالحه على مثل قيمة ذلك الشيء أو نقص منه شيأ يسيرا جاز لان الصلح في هذه الصورة بمعنى البيع وهو يملك البيع فيملك الصلح وهل يملك الاب الحط من دين وجب للصغير والابراء عنه هذا لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان كان ولي ذلك العقد بنفسه (واما) ان لم يكن وليه فان لم يكن وليه لا يجوز بالاجماع لان الحط والابراء من باب التبرع والاب لا يملك التبرع لكونه مضرة محضة وان كان وليه بنفسه يجوز عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يجوز وهذا على اختلافهم في الوكيل بالبيع اذا أبرأ المشتري عن الثمن أو حط بعضه وقد ذكرناه في كتاب الوكالة ولا يجوز صلح أحد على حمل أبا كان المصالح أو غيره وان خرج حيا بعد ذلك وورث وجازت الوصايا لانه لو صح عليه لكان لا يخلو اما أن يصح على اعتبار الحال واما أن يصح على اعتبار الانفصال لا سبيل الى الاول لان الصلح عليه من باب تنفيذ الولاية وهو للحال لا يوصف بكونه موليا عليه ولا سبيل الى الثاني لان الصلح لا يحتمل الاضافة الى الوقت و يملك الاب استيفاء القصاص في النفس وما دونها ولا يملك الوصي استيفاء القصاص في النفس والفرق ان استيفاء القصاص تصرف

على نفس الصغير بالاحياء وتحصيل التشفى قال الله تعالى عز شأنه ولكم فى القصاص حياة وكذا منفعة التشفى راجعة الى نفسه وللأب ولاية على نفس الصغير ولا ولاية للوصى عليها ولهذا املك انكاحه دون الوصى الا أنه يملك القصاص فيما دون النفس لان مادون النفس يسلك به مسلك الاموال لشبهه بالاموال ألا ترى ان القصاص لا يجرى بين طرف الحر والعبد ولا بين طرف الذكر والانثى مع جريان القصاص بينهم فى الانفس ويستوفى القصاص فيما دون النفس فى الحرم كما يستوفى فى سائر الحقوق المالية فيه ولا يستوفى القصاص فى النفس فيه ويقضى بالنكول فى الاطراف كما يقضى به فى الاموال عند أبى حنيفة ولا يقضى به فى الانفس وله ولاية التصرف فى الحال والمال فيلى التصرف فيما دون النفس ويملك الاب الصلح عن القصاص فى النفس ومادونه لانه لماملك الاستيفاء فلأن يملك الصلح أولى لانه أنفع من الاستيفاء وكذا الوصى يملك الصلح عن القصاص فيمادون النفس لانه يملك الاستيفاء فيمادون النفس فكذا الصلح عنه لانه أنفع وهل يملك الصلح عن القصاص فى النفس ذكر فى كتاب الصلح انه لا يملك وذكر فى الجامع الصغير انه يملك وكذا روى القدورى رحمه الله فعلى رواية الجامع يحتاج الى الفرق بين الاستيفاء وبين الصلح (ووجه) الفرق بينهما ظاهر لما ذكرنا أن القصاص تصرف فى النفس بتحصيل الحياة والتشفى ولا ولاية له على نفسه فلا يملك الاستيفاء فأما الصلح فتصرف فى المال وله ولاية التصرف فى المال وانه فرق واضح (وجه) رواية الصلح أن الصلح اعتياض عن القصاص فاذا لم يملك القصاص فكيف يملك الاعتياض عنه ولو صالح الاب أو الوصى على أقل من الدية فى الخطأ وشبه العمد لا يجوز لان الحط تبرع وهما لا يملكان التبرع بمال اليتيم والحط القليل والكثير سواء بخلاف الغبن اليسير فى البيع انهما يملكانه والفرق أن الحط نقصان متحقق لان الدية مقدرة بمقدار معلوم فالنقصان عنه متحقق وان قل والنقصان فى البيع غير متحقق لان العوض فيه غير مقدر لاختلافه بتقويم المقومين فاذا لم يتقدر العوض لا يتحقق النقصان (ومنها) أن يكون المصالح عن الصغير ممن يملك التصرف فى ماله كالاب والجد والوصى لان الصلح تصرف فى المال فيختص بمن يملك التصرف فيه (ومنها) أن لا يكون مرتدا عند أبى حنيفة وعندهما صلحه نافذ بناء على أن تصرفات المرتد موقوفة عنده وعندهما نافذة لكن عند محمد نفاذ تصرف المريض وعند أبى يوسف نفاذ تصرف من عليه القصاص فى النفس والمسئلة تعرف فى موضعها ان شاء الله تعالى وأما المرتدة فصلحها جائز بلا خلاف لان حكمها حكم الحربية الا انها اذا التحقت بدار الحرب وقضى القاضى بذلك بطل بعضه دون بعض كصلح الحربية لثبوت أحكام أهل الحرب فى حقها بالتحاقها بدار الحرب

﴿فصل﴾ وأما الشرائط التى ترجع الى المصالح عليه فأنواع (منها) أن يكون مالا فلا يصح الصلح على الخمر والميتة والدم وصيد الاحرام والحرم وكل ماليس بمال لان فى الصلح معنى المعاوضة فما لا يصلح عوضا فى البياعات لا يصلح بدل الصلح وكذا اذا صالح على عبد فاذا هو حر لا يصح الصلح لانه تبين أن الصلح لم يصادف محله وسواء كان المال عينا أو دينا أو منفعة ليست بعين ولا دين لان العوض فى المعاوضات المطلقة قد يكون عينا وقد يكون دينا وقد يكون منفعة الا انه يشترط القبض فى بعض الاعواض فى بعض الاحوال دون بعض وجملة الكلام فيه أن المدعى لا يخلو من أحد وجوه (اما) أن يكون عينا وهو ما يحتمل التعيين مطلقا جنسا ونوعا وقدرا وصفة واستحقاقا كالعروض من الثياب والعقار من الارضين والدور والحيوان من العبيد والدواب والمكيل من الحنطة والشعير والموزون من الصفر والحديد (واما) أن يكون دينا وهو ما لا يحتمل التعيين من الدراهم والدنانير والمكيل الموصوف فى الذمة والموزون الموصوف سوى الدراهم والدنانير والثياب الموصوفة والحيوان الموصوف (واما) أن يكون منفعة (واما) أن يكون حقا ليس بعين ولا دين ولا منفعة وبدل الصلح لا يخلو من أن يكون عينا أو دينا أو منفعة والصلح لا يخلو من أن يكون عن اقرار المدعى عليه أو عن انكاره أو عن سكوته فان كان المدعى عينا فصالح منها عن اقرار يجوز سواء كان بدل الصلح عينا أو دينا بعد أن كان معلوم القدر والصفة الا الحيوان والا الثياب الا بجميع شرائط

السلم لان هذا الصلح من الجانبين جميعا فى معنى البيع فكان بدل الصلح فى معنى الثمن وهذه الاشياء تصلح ثمنا فى البياعات عينا كانت أو دينا الا الحيوان لانه يثبت دينا فى الذمة بدلا عما هو مال أصلا والثياب لا تثبت دينا فى الذمة الا بشرائط السلم من بيان القدر والوصف والاجل والمكيل والموزون يثبتان فى الذمة مطلقا فى المعاوضة المطلقة من غير أجل ولا يشترط قبضه فى المجلس لانه ليس بصرف ولا فى ترك قبضه افتراق عن دين بدين بل هو افتراق عن عين بعين أو عين بدين وكل ذلك جائز وان كان دينا فان كان دراهم أو دنانير فصالح منها لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان صالح منها على خلاف جنسها أو على جنسها فان صالح منها على خلاف جنسها فان صالح منها على عين جاز لان الصلح عليها فى معنى بيع الدين بالعين وانه جائز ولا يشترط القبض وان صالح منها على دين سواه لا يجوز لانه بائع ما ليس عنده لان الدراهم والدنانير أثمان أبدا وما وقع عليه الصلح مبيع فالصلح فى هذه الصورة يقع بيع ما ليس عند البائع وانه منهى عنه وان صالح منها على جنسها فان صالح من دراهم على دراهم فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه (اما) ان صالح على مثل حقه (واما) ان صالح على أقل من حقه (واما) ان صالح على أكثر من حقه فان صالح على مثل حقه قدرا ووصفا بان صالح من ألف جياد على ألف جياد فلا شك فى جوازه ولا يشترط القبض لان هذا استيفاء عين حقه أصلا ووصفا ولو صالح على أقل من حقه قدرا ووصفا بان صالح من الالف الجياد على خمسمائة نبهرجة يجوز أيضا ويحمل على استيفاء بعض عين الحق أصلا والابراء عن الباقى أصلا ووصفا لان أمور المسلمين محمولة على الصلاح والسداد ما أمكن ولو حمل على المعاوضة يؤدى الى الربا لانه يصير بائعا ألفا بخمسمائة وانه ربا فيحمل على استيفاء بعض الحق والابراء عن الباقى ولا يشترط القبض ويجوز مؤجلا لان جوازه ليس بطريق المعاوضة ليكون صرفا وكذلك ان صالح على أقل من حقه وصفا لا قدرا بأن صالح عن الف جياد على الف نبهرجة أو صالح على أقل من حقه قدرا لا وصفا بأن صالح من ألف جياد على خمسمائة جيدة يجوز ويحمل على استيفاء البعض والحط والابراء والتجوز بدون الحق أصلا ووصفا يجوز من غير قبض ومؤجلا ولو صالح على أكثر من حقه قدرا ووصفا بأن صالح من الف نبهرجة على الف وخمسمائة جياد أو صالح على أكثر من حقه قدرا لا وصفا بأن صالح من الف جياد على الف وخمسمائة نبهرجة لا يجوز لانه ربا لانه يحمله على المعاوضة هنا لتعذر حمله على استيفاء البعض واسقاط الباقى وان صالح على أكثر من حقه وصفا لا قدرا بأن صالح من ألف نبهرجة على ألف جياد جاز ويشترط الحلول أو التقابض حتى لو كان الصلح مؤجلا ان لم يقبض فى المجلس يبطل لانه صرف (وأما) اذا صالح على أكثر من حقه وصفا وأقل منه قدرا بأن صالح من الف نبهرجة على خمسمائة جياد لا يجوز عند أبى حنيفة ومحمد وهو قول أبى يوسف الآخر وكان يقول أولا يجوز ثم رجع (وجه) قوله الاول ان هذا حط بعض حقه وهو خمسمائة نبهرجة فيبقى عليه خمسمائة نبهرجة الا أنه أحسن فى القضاء بخمسمائة جيدة فلا يمنع عنه حتى انه لو امتنع لا يكون عليه الا خمسمائة نبهرجة (وجه) ظاهر الرواية ان الصلح من الالف النبهرجة على الخمسمائة الجيدة اعتياض عن صفة الجودة وهذا لا يجوز لان الجودة فى الاموال الربوية لا قيمة لها عند مقابلتها بجنسها لقوله عليه الصلاة والسلام جيدها ورديئها سواء فلا يصح الاعتياض عنها لسقوط قيمتها شرعا والساقط شرعا والعدم الاصلى سواء ولان الصلح على هذا الوجه لا يخلو اما أن يجعل استيفاء لعين الحق أو يجعل معاوضة لا سبيل الى الاول لان حقه فى الردىء لا فى الجيد فيحمل على المعاوضة فيصير بائعا الف نبهرجة بخمسمائة جيدة فيكون ربا وكذلك حكم الدنانير والصلح منها على دنانير كحكم الدراهم فى جميع ما ذكرنا ولو صالح من دراهم على دنانير أو من دنانير على دراهم جاز ويشترط القبض فى المجلس لانه صرف ولو ادعى الف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم الى شهر جاز وطريق جوازه بان يجعل حطا لا معاوضة لانه لو جعل معاوضة لبطل لانه يصير بعض المائة عوضا عن الدنانير والبعض عوضا عن الدراهم فيصير بائعا تسعمائة بخمسين فيكون ربا وأمور المسلمين محمولة على الصلاح والسداد ما أمكن وأمكن أن يجعل حطا للدنانير أصلا وبعض الدراهم

وذلك تسعمائة وتأجيل البعض وذلك مائة الى شهر وكذلك لوكان عليه ألف درهم وكر فصالحه على مائة جاز وطريق جوازه أن يجعل حطا واسقاطا للكر لا معاوضة لان استبدال المسلم فيه لا يجوز ولوكان المال ان عليه لرجلين لاحدهما دراهم والآخر دنانير فصالحه على مائة درهم جاز وطريقة جوازه أن يعتبر معاوضة فى حق أحدهما وحطا واسقاطا فى حق الآخر وذلك أن يقسم بدل الصلح على قدر قيمة دينهما من الدراهم والدنانير فالقدر الذى أصاب الدنانير يكون عوضا عنها فيكون صرفا فيراعى فيه شرائط الصرف فيشترط القبض فى المجلس والقدر الذى أصاب الدراهم لا يجوز أن يجعل عوضا لانه يؤدى الى الربا فيجعل الصلح فى حقه استيفاء لبعض الحق وابراء عن الباقى والاصل أن الصلح متى وقع على أقل من جنس حقه من الدراهم والدنانير يعتبر استيفاء لبعض الحق وابراء عن الباقى ومتى وقع على أكثر من جنس حقه منها أو وقع على جنس آخر من الدين والعين يعتبر معاوضة لانه لا يمكن حمله على استيفاء عين الحق والابراء عن الباقى لان استيفاء عين الحق من جنسه يكون ولم يوجد فيعتبر معاوضة فما جازت به المعاوضات يجوز هذا وما فسدت به تلك يفسد به هذا وقد ذكرنا بعض مسائل هذا الاصل وعلى هذا اذا صالح من ألف حالة على ألف مؤجلة جاز ويعتبر حطا للحلول وتأجيلا للدين وتجوزا بدون من حقه لا معاوضة ولو صالح من ألف حالة على خمسمائة فقد ذكرنا انه يجوز ويعتبر استيفاء لبعض حقه وابراء عن الباقى وأما اذا صالح على خمسمائة أن يعطيها اياه فهذا لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان وقت لاداء الخمسمائة وقتا (واما) ان لم يؤقت فان لم يؤقت فالصلح جائز ويكون حطا للخمسمائة لان هذا الشرط لا يفيد شيأ لم يكن من قبل ألا ترى انه لو لم يذكر للزمه الاعطاء فكان ذكره والسكوت عنه بمنزلة واحدة وكذلك الحط على هذا بان قال للغريم حططت عنك خمسمائة على أن تعطينى خمسمائة لما بينا وان وقت بان قال صالحتك على خمسمائة على أن تعطنيها اليوم أو على أن تعجلها اليوم فاما ان اقتصر على هذا القدر ولم ينص على شرط العدم واما ان نص عليه فقال فان لم تعطنى اليوم أو ان لم تعجل اليوم او على أن تعجلها اليوم فالالف عليك فان نص عليه فان أعطاه وعجلت فى اليوم فالصلح ماض وبرئ عن خمسمائة وان لم يعطه حتى مضى اليوم فالالف عليه بلا خلاف وكذلك الحط على هذا (وأما) اذا اقتصر عليه ولم ينص على شرط العدم فان اعطاه فى اليوم برئ عن خمسمائة بالاجماع وأما اذا لم يعطه حتى مضى اليوم بطل الصلح والالف عليه عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف الصلح ماض وعليه خمسمائة فقط (وجه) قوله ان شرط التعجيل ما أفاده شيأ لم يكن من قبل لان التعجيل كان واجبا عليه بحكم العقد فكان ذكره والسكوت عنه بمنزلة واحدة ولو سكت عنه لكان الامر على ما وصفنا فكذا هذا بخلاف ما اذا قال فان لم تفعل فكذا لان التنصيص على عدم الشرط نفى للمشروط عند عدمه فكان مفيدا (وجه) قولهما أن شرط التعجيل فى هذه الصورة شرط انفساخ العقد عند عدمه بدلالة حال تصرف العاقل لان العاقل يقصد بتصرفه الافادة دون اللغو واللعب والعبث ولو حمل المذكور على ظاهر شرط التعجيل للغا لان التعجيل ثابت بدونه فيجعل ذكر شرط التعجيل ظاهرا شرطا لانفساخ العقد عند عدم التعجيل فصار كانه نص على هذا الشرط فقال فان لم تعجل فلا صلح بيننا ولو كان كذلك لكان الامر على ما نص عليه فكذا هذا وتبين بهذا أن هذا تعليق الفسخ بالشرط لا تعليق العقد كما اذا باع بألف على أن ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فان لم ينقده فلا بيع بينهما وذلك جائز لدخول الشرط على الفسخ لا على العقد فكذا هذا وكذلك لو أخذ منه كفيلا وشرط على الكفيل أنه ان لم يوفه خمسمائة الى رأس الشهر فعليه كل المال وهو الالف فهو جائز والالف لازمة للكفيل ان لم يوفه لانه جعل عدم ايفاء الخمسمائة الى رأس الشهر شرطا للكفالة بألف فاذا وجد الشرط ثبت المشروط ولو ضمن الكفيل الالف ثم قال حططت عنك خمسمائة على أن توفينى رأس الشهر خمسمائة فان لم تفعل فالالف عليك فهذا أوثق من الباب الاول لان هذا هنا علق الحط بشرط التعجيل وهو ايفاء الخمسمائة رأس الشهر وجعل عدم هذا الشرط شرطا لانفساخ الحط وفى الباب الاول جعل عدم التعجيل شرطا للعقد وهو الكفالة بالالف والفسخ للشرط أقبل من العقد لذلك كان الثانى

أوثق من الاول وكذلك لوجعل المال نجو ما بكفيل أو بغير كفيل وشرط أنه ان لم يوفه كل نجم عند محله فالمال حال عليه فهو جائز على ماشرط لانه جعل الاخلال بنجم شرطا لحلول كل المال عليه وأنه صحيح ولوكان له عليه ألف فقال أد الى من الالف خمسمائة غدا على أنك برىء من الباقى فان ادى اليه خمسمائة غدا يبرأ من الباقى اجماعا وان لم يؤد فعليه الالف عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف ليس عليه الا خمسمائة وقد مرت المسئلة ولوقال ان أديت الى خمسمائة فانت برىء من الباقى أوقال متى أديت فادى اليه خمسمائة لا يبرىء عن الخمسمائة الباقية حتى يبرئه وكذلك اذا قال لمكاتبه ذلك فادى خمسمائة لا يبرأ عن الباقى حتى يبرئه لان هذا تعليق البراءة بالشرط وانه باطل بخلاف ما اذا كان بلفظ الصلح أو الحط أو الامر لان ذلك ليس تعليق بالبراءة بالشرط على مامر ولوقال لمكاتبه ان اديت الى خمساية فانت حر فادى خمسمائة عتق لان هذا تعليق العتق بالشرط وذلك فى حق المكاتب صحيح ولو كان له على انسان ألف مؤجلة فصالح منها فهذا لا يخلو من أحد وجهين اما ان صالح منها على أقل من حقه أو على تمام حقه وكل ذلك لا يخلو من ان يشترط التعجيل أو لم يشترط فان صالح على اقل من حقه قدرا أو وصفا أو قدرا ووصفا ولم يشترط التعجيل لما وقع عليه الصلح جاز و يكون حطا وتجوزا بدون حقه وله ان يأخذ الباقى بعد حل الاجل وان شرط التعجيل فالصلح باطل وعليه رد ما قبض والرجوع برأس ماله بعد حل الاجل لان فيه معاوضة الاجل وهو التعجيل بالحط وهذا لا يجوز لان الاجل ليس بمال وان صالح على تمام حقه جاز وان شرط التعجيل فان صالح من ألف مؤجلة على ألف معجلة لكن بشرط القبض قبل الافتراق عن المجلس وكذلك حكم الدنانير على هذا ولوكان الواجب عليه قيمة المستهلك فان كان المستهلك من ذوات القيمة فصالح فان صالح على الدراهم والدنانير حالة أو مؤجلة جاز الصلح لان الواجب فى ذمته قبل المتلف صورة ومعنى كذا الاستهلاك تحقيقا للمماثلة المعلقة ثم يملكه بأداء الضمان فاذا صالح كان هذا الصلح على عين حقه فيجوز على أى وصف كان وان صالح على غير الدراهم والدنانير ان كان عيناً جاز ولا يشترط القبض وان كان ديناً موصوفاً يجوز أيضا لكن القبض فى المجلس شرط ولو كان الواجب عليه مثل المستهلك فان كان من ذوات الامثال كالمكيل والموزون الذى ليس فى تبعيضه ضرر فحكم الصلح فيه كحكم الصلح فى كر الحنطة فنقول و بالله التوفيق اذا كان المدعى ديناً سوى الدراهم والدنانير فان كان مكيلا بان كان كر حنطة مثلا فصالح منه لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان صالح على جنسه أو على خلاف جنسه فان صالح على جنسه لا يخلو من ثلاثة أوجه (اما) ان صالح على مثل حقه (واما) على أقل منه (واما) ان صالح على أكثر منه فان صالح على مثل حقه قدراً أو وصفاً جاز ولا يشترط القبض لانه استوفى عين حقه وان صالح على أقل من حقه قدراً أو وصفاً جاز و يكون حطا لا معاوضة لما ذكرنا فى الدراهم ولا يشترط القبض و يكون مؤجلا وان صالح على أقل من حقه وصفاً لا قدراً جاز أيضاً و يكون استيفاء لعين حقه أصلا وابراء له عن الصفة فلا يشترط للقبض و يجوز حتى لا يبطل بالتأجيل أو تركه و يعتبر رضا بدون حقه ولو صالح على أكثر من حقه قدراً أو وصفاً أو قدراً لا وصفاً لا يجوز لانه ربا وان صالح على أكثر منه وصفاً لا قدرا بان صالح من كر ردىء على كر جيد جاز و يعتبر معاوضة احترازا عن الافتراق عن دين بدين ولو صالح منه على كر مؤجل جاز لانه حط حقه فى الحلول و رضى بدون حقه كما فى الدراهم والدنانير هذا اذا كان أكثر الدين حالا فان كان مؤجلا فصالح على بعض حقه أو على تمام حقه فهو على التفصيل الذى ذكرنا فى الصلح من الالف المؤجلة من غير تفاوت هذا اذا صالح من الكر على جنسه فان صالح على خلاف جنس حقه فان كان الكر الذى عليه سلما لا يجوز بحال لان الصلح على خلاف جنس المسلم فيه يكون معاوضة وفيه استبدال المسلم فيه قبل قبضه الا أن يكون الصلح منه على رأس المال يجوز لان الصلح من المسلم فيه على رأس المال يكون اقالة للسلم وفسخاً له وذلك جائز وان لم يكن سلما فصالح على خلاف جنس حقه فان كان ذلك من الدراهم والدنانير جاز و يشترط القبض وان كان معيناً مشارا اليه لانها لا تتعين بالتعيين فكان ترك قبضه افتراقا عن دين بدين وان كان ذلك من المكيلات

وهو عين جاز ولا يشترط القبض وان كان موصوفا فى الذمة جاز أيضا فرق بين هذا و بين ما اذا كان عليه دراهم أو دنانير فصالح منها على مكيل أو موزون موصوف فى الذمة انه لا يجوز لان ذلك مبيع ألا ترى انه قوبل بالأثمان والمبيع ما يقابل بالثمن وهذا لا يقابل بالثمن فلا يكون مبيعاً الا انه لا بد من القبض فى المجلس احترازا من الافتراق عن دين بدين وان كان من العروض والحيوان فان كان عيناً جاز وان كان ديناً يجوز فى الثياب الموصوفة اذا أتى بشرائط السلم لكن القبض فى المجلس شرط احترازا عن الافتراق عن دين بدين ولا يجوز فى الحيوان الموصوف بحال لانه لا يثبت ديناً فى الذمة بدلا عما هو مال وكذلك اذا كان المدعى موزوناً ديناً موصوفا فى الذمة فصالح منه على جنسه أو على خلاف جنسه الى آخر ما ذكرنا فى المكيل الموصوف هذا اذا كان المدعى مكيلا أو موزوناً ديناً موصوفا فى الذمة فان كان ثوب السلم فصالح منه فهذا لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان صالح منه على جنسه واما ان صالح منه على خلاف جنسه فان صالح على جنسه فهو على ثلاثة أوجه (اما) ان صالح على مثل حقه أو أكثر منه أو أقل فان صالح على مثل حقه قدرا ووصفا فان صالح من ثوب هروى جيد على ثوب هروى جيد جاز ولا يشترط القبض لانه استوفى عين حقه وكذلك ان صالح على أقل من حقه قدرا ووصفا أو وصفا لا قدرا يجوز و يكون هذا استيفاء لبعض عين حقه وحطاً للباقى وابراء عنه أصلا ووصفا والابراء عن المسلم فيه صحيح لان قبضه ليس بواجب وان صالح على أقل من حقه قدرا لا وصفا بان صالح من ثوب ردىء على نصف ثوب جيد جاز بخلاف الدراهم والدنانير والمكيل والموزون الموصوفين بان صالح من ألف نبهرجة على خمسمائة جياد أو صالح من كر ردىء على نصف كر جيد أو صالح من من حديد ردىء على نصف من جيد انه لا يجوز والفرق ان المانع من الجواز هو الاعتياض عن الجودة هنا جائز لان الجودة فى غير الاموال الربوية عندمقابلتها بجنسها لها قيمة بخلاف الاموال الربوية وهذا لان الاصل أن تكون الجودة متقومة فى الاموال كلها لانها صفة مرغوبة يبذل العوض فى مقابلتها الا ان الشرع أسقط اعتبارها فى الاموال الربوية تعبدا بقوله جيدها ورديئها سواء فبقيت متقومة فى غيرها على الاصل فيصح الاعتياض عنها وان صالح على أكثر من حقه قدرا ووصفا بان صالح من ثوب هروى جيد على ثوبين هرويين جيدين يجوز لكن يشترط القبض لان جوازه بطريق المعاوضة والجنس بانفراده يحرم النساء فلا بد من القبض لئلا يؤدى الى الربا وكذلك ان صالح على أكثر من حقه قدرا لا وصفا بان صالح عن ثوب هروى جيد على ثوبين هرويين رديئين جاز والقبض شرط لما ذكرنا ولو صالح على أكثر من حقه وصفا لا قدرا بأن صالح من ثوب ردىء على ثوب جيد جاز لانه معاوضة اذ لا يمكن حمله على استيفاء عين الحق لان الزيادة غير مستحقة له فيحمل على المعاوضة و يشترط القبض لئلا يؤدى الى الربا وان صالح على خلاف جنس حقه كائنا ما كان لا يجوز دينا كان أو عينا لان فيه استبدال المسلم فيه قبل القبض وانه لا يجوز الا على رأس مال السلم لان الصلح عليه يكون اقالة وفسخا لا استبدالا وان كان المدعى حيوانا موصوفا فى الذمة فى قتل الخطأ أو شبه العمد فصالح فنقول الجملة فيه ان هذا فى الاصل لا يخلو من وجهين (اما) ان صالح على ما هو مفروض فى باب الدية فى الجملة (واما) ان صالح على ما ليس بمفروض فى الباب أصلا وكل ذلك لا يخلو اما ان صالح قبل تعيين القاضى نوعا من الانواع المفروضة أو بعد تعيينه نوعا منها فان صالح على المفروض قبل تعيين القاضى بان صالح على عشرة آلاف درهم أو على ألف دينار أو على مائة من الابل أو على مائة بقرة أو على ألفى شاة أو على مائتى حلة جاز الصلح وهو فى الحقيقة تعيين منها للواجب من أحد الانواع المفروضة بمنزلة تعيين القاضى فيجوز و يكون استيفاء لعين حقه الواجب عند اختياره ذلك فعلا برضا القاتل وكذا اذا صالح على أقل من المفروض يكون استيفاء لبعض عين الحق وابراء عن الباقى وان صالح على أكثر من المفروض لا يجوز لانه ربا ولو صالح بعد ما عين القاضى نوعا منها فان صالح على جنس حقه المعين جاز اذا كان مثله أو أقل منه وان كان أكثر لا يجوز لانه ربا وان صالح على خلاف الجنس المعين فان كان من جنس المفروض فى الجملة بان عين القاضى مائة من الابل فصالح على مائة من البقر أو أكثر

جاز

جاز وتكون معاوضة لان الابل تعينت واجبة بتعيين القاضي فلم يبق غيره واجبا فكانت البقر بدلا عن الواجب في الذمة فكانت معاوضة ولا بد من القبض احترازا عن الافتراق عن دين بدين وكذلك اذا كان من خلاف جنس المفروض بأن صالح على مكيل أو موزون سوى الدراهم والدنانير جاز ويكون معاوضة ويشترط التقابض لما قلنا ولو صالح على قيمة الابل أو أكثر مما يتغابن الناس فيه جاز لان قيمة الابل دراهم ودنانير وانها ليست من جنس الابل فكان الصلح عليها معاوضة فيجوز قل أو كثر ولا يشترط القبض وكذلك اذا صالح من الابل على دراهم في الذمة وافترقا من غير قبض جاز وان كان هذا افتراقاً عن دين بدين لان هذا المعنى ليس بمعاوضة بل هو استيفاء عين حقه لان الحيوان الواجب في الذمة وان كان ديناً لكنه ليس بدين لازم الا ترى ان من عليه اذا جاء بقيمته يجبر من له على القبول بخلاف سائر الديون فلا يكون افتراقاً عن دين بدين حقيقة هذا اذا قضى القاضي عليه بالابل فان قضى عليه بالدراهم والدنانير فصالح من مكيل أو موزون سوى الدراهم والدنانير أو بقر ليس عنده لا يجوز لان ما يقابل هذه الاشياء دراهم أو دنانير وانها أثمان فتتعين هذه مبيعة وبيع المبيع الذي ليس بعين لا يجوز الا بطريق السلم هذا اذا صالح على المفروض في باب الدية فاما اذا صالح على ما ليس بمفروض أصلا كالمكيل والموزون سوى الدراهم والدنانير ونحو ذلك مما لا يدخل له في الفرض قبل تعيين القاضي جاز وان كانت قيمته أكثر من المفروض لكن القبض في المجلس شرط لانه معاوضة فيجوز ولا بد من القبض لما قلنا وان كان بعد تعيين القاضي فهو على ما ذكرنا من التفصيل وكذلك حكم الصلح عن انكار المدعى عليه وسكوته بحكم الصلح عن اقراره في جميع ما وصفنا هذا الذي ذكرنا اذا كان بدل الصلح مالا عيناً أو ديناً فاما اذا كان منفعة بأن صالح على خدمة عبد بعينه او ركوب دابة بعينها أو على زراعة أرض أو سكنى دار وقتاً معلوماً جاز الصلح ويكون في معنى الاجارة سواء كان الصلح عن اقرار المدعى عليه أو عن انكاره أو عن سكوته لان الاجارة تمليك المنفعة بعوض وقد وجد اما في موضع الاقرار فظاهر لان بدل الصلح عوض عن المدعى وكذا في موضع الانكار في جانب المدعى وفي جانب المدعى عليه هو عوض عن الخصومة واليمين وكذا في السكوت لان الساكت منكر حكما سواء كان المدعى عيناً أو ديناً لكن تمليك المنفعة قد يكون بالعين وقد يكون بالدين كما في سائر الاجارات وان كان المدعى منفعة فان كانت المنفعتان من جنسين مختلفين كما اذا صالح من سكنى دار على خدمة عبد يجوز بالاجماع وان كانتا من جنس واحد لا يجوز عندنا وأصل المسئلة في كتاب الاجارات واذا اعتبر الصلح على المنافع اجارة يصح بما تصح به الاجارات ويفسد بما تفسد به ولصاحب العبد أن يعتقه لان صحة الاعتاق يقف على قيام ملك الرقبة وانه قائم فأشبه اعتاق المستأجر والمرهون وليس له أن يبيعه لان جواز البيع بعد ملك اليد ولم يوجد فلا يجوز بيعه كالعبد المستأجر والمرهون وله أن يؤاجره من غيره لان منفعته صارت مملوكة له بالصلح فان شاء استوفاه بنفسه وان شاء ملكها من غيره كالعبد المستأجر وله أن يؤاجره من المدعى عليه في مدة الصلح عند أبي يوسف ولا يبطل الصلح كما لو آجره من غيره وعند محمد لا يجوز ويبطل الصلح كما لو آجره من المؤاجر في مدة الاجارة وانه لا يجوز بالاجماع وتبطل الاجارة الاولى ولا يجب على المستأجر شيء من الاجرة كذا هذا وله أن يسافر به وذكر في الاجارة ان من استأجر عبدا للخدمة لم يكن له أن يسافر به للتفاوت بين خدمتي السفر والحضر والفرق ان المسافرة بالعبد المستأجر للخدمة الحاق الضرر بالآجر لان مؤنة الرد في باب الاجارة عليه وربما يلزمه برده مؤنة تزيد على الاجرة فيتضرر به فلم يملك المسافرة به دفعا للضرر عنه وهذا المعنى ههنا منعدم لان مؤنة الرد لا تلزم صاحب العبد فأشبه العبد الموصى بخدمته والعبد المرهون وهما يملكان المسافرة به كذا هذا ولو ادعى على رجل دارا في يده فانكر المدعى عليه فصالحه على أن يسكن المدعى عليه الذي في يده الدار سنة ثم يدفعها الى المدعى جاز لان المدعى متصرف في ملك نفسه ببدل المنفعة للمدعى عليه في زعمه سنة والمدعى عليه متصرف في ملك نفسه باستيفاء المنفعة لنفسه في المدة المشروطة فكان كل واحد منهما متصرفا في ملك نفسه في زعمه فيجوز ومنها أن يكون متقوما فلا يصح

الصلح على الخمر والخنزير من المسلم لانه ليس بمال متقوم فى حقه وكذا اذا صالح على دن من خل فاذا هو خمر لم يصح لانه تبين انه لم يصادف محله ومنها أن يكون مملوكا للمصالح حتى انه اذا صالح على مال ثم استحق من يد المدعى لم يصح الصلح لانه تبين انه ليس مملوكا للمصالح فتبين ان الصلح لم يصح ومنها أن يكون معلوما لان جهالة البدل تؤدى الى المنازعة فتوجب فساد العقد الا اذا كان شيأ لا يفتقر الى القبض والتسليم كما اذا ادعى رجلان كل واحد منهما على صاحبه حقا ثم تصالحا على ان جعل كل واحد منهما ما ادعاه على صاحبه صلحا مما ادعاه عليه صاحبه يصح الصلح وان كان مجهولا لان جهالة البدل لا تمنع جواز العقد لعينها بل لافضائها الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم فاذا كان مالا يستغنى عن التسليم والتسلم لا يفضى الى المنازعة فلا يمنع الجواز الا أن الصلح من القصاص فى النفس ومادونه تتحمل الجهالة القليلة فى البدل كما تتحمل فى المهر فى باب النكاح والخلع والاعتاق على مال والكتابة لما علم ولو صالح على مسيل أو شرب من نهر لا حق له فى رقبته أو على أن يحمل كذا وكذا اجذعا على هذا الحائط وعلى أن يسيل ميزابه فى داره أياما معلومة لا يجوز لان ماوقع عليه الصلح فى هذه المواضع مفتقر الى القبض والتسليم فلم تكن جهالته محتملة لهذا لا يجوز بيعها فلا يصح الصلح عليها والاصل ان كل ما يجوز بيعه وشراؤه يجوز الصلح عليه ومالا فلا

﴿ فصل ﴾ وأما الذى يرجع الى المصالح عنه فأنواع أحدها أن يكون حق العبد لا حق الله عز وجل سواء كان مالا عينا أو دينا أو حقا ليس بمال عين ولا دين حتى لا يصح الصلح من حد الزنا والسرقة وشرب الخمر بأن أخذ زانيا أو سارقا من غيره أو شارب خمر فصالحه على مال أن لا يرفعه الى ولى الامر لانه حق الله تعالى جل شأنه ولا يجوز الصلح من حقوق الله تعالى عز شأنه لان المصالح بالصلح متصرف فى حق نفسه اما باستيفاء كل حقه أو باستيفاء البعض واسقاط الباقى أو بالمعاوضة وكل ذلك لا يجوز فى غير حقه وكذا اذا صالح من حد القذف بأن قذف رجلا فصالحه على مال على أن يعفو عنه لانه وان كان للعبد فيه حق فالمغلب فيه حق الله تعالى والمغلوب ملحق بالعدم شرعا فكان فى حكم الحقوق المتمحضة حقا لله تعالى عز وجل وانها لا تحتمل الصلح كذا هذا وكذلك لو صالح شاهدا يريد أن يشهد عليه على مال على أن لا يشهد عليه فهو باطل لان الشاهد فى اقامة الشهادة محتسب حقا لله تعالى عز شأنه قال الله سبحانه وتعالى وأقيموا الشهادة لله والصلح عن حقوق الله عز وجل باطل ويجب عليه رد ما أخذ لانه أخذه بغير حق ولو علم القاضى به أبطل شهادته لانه فسق الا أن يحدث توبة فتقبل ويجوز الصلح عن التعزير لانه حق العبد وكذا يصح عن القصاص فى النفس ومادونه لان القصاص من حق العبد سواء كان البدل عينا أو دينا الا اذا كان دينا يشترط القبض فى المجلس احترازا عن الافتراق عن دين بدين وسواء كان معلوما أو مجهولا جهالة غير متفاحشة حتى لو صالح من القصاص على عبد أو ثوب هروى جاز لان الجهالة قلت ببيان النوع لان مطلق العبد يقع على عبد وسط ومطلق الثوب الهروى يقع على الوسط منه فتقل الجهالة فيصح الصلح وله الخيار ان شاء أعطى الوسط من ذلك وان شاء أعطى قيمته كما فى النكاح فاما اذا صالح على ثوب أو دابة أو دار لا يجوز لان الثياب والدواب أجناس تحتها أنواع مختلفة وجهالة النوع متفاحشة فتمنع الجواز وكذا جهالة الدور لاختلاف الاماكن ملحقة بجهالة الثوب والدابة فتمنع الجواز كما فى باب النكاح والاصل ان كل جهالة تمنع صحة التسمية فى باب النكاح تمنع صحة الصلح من القصاص ومالا فلا لان ماوقع عليه الصلح والمهر كل واحد منهما يجب بدلا عما ليس بمال والجهالة لا تمنع من الصحة لعينها الا ترى ان الشرع ورد بمهر المثل فى باب النكاح مع أنه مجهول القدر وانما تمنع منها لافضائها الى المنازعة ومبنى النكاح والصلح من القصاص على المسامحة كالانسان يسامح بنفسه مالا يسامح بماله عادة فلا يكون القليل من الجهالة مفضيا الى المنازعة فلا يمنع من الجواز بخلاف باب البيع لان مبناه على المماكسة والمضايقة لكونه معاوضة مال بمال والانسان يضايق بماله مالا يضايق بنفسه فهو الفرق والله عز وجل الموفق واذا لم يصح الصلح لتفاحش جهالة البدل يسقط القصاص وتجب الدية وفى النكاح

يجب

يجب مهر المثل الا أن بينهما فرقا من وجه فانه لو صالح عن القصاص على خمر أو خنزير لا يصح ولا يجب شيء آخر ولو تزوج امرأة على خمر أو خنزير لا تصح التسمية ويجب مهر المثل (وجه) الفرق ان الخمر اذا لم تصلح بدل الصلح بطلت تسميته وجعل لفظة الصلح كناية عن العفو وذلك جائز لان العفو الفضل وفي الصلح معنى الفضل فأمكن جعله كناية عنه وبعد العفو لا يجب شيء آخر فأما لفظ النكاح فلا يحتمل العفو ولو احتمله فالعفو عن حق الغير لا يصح فيبقى النكاح من غير تسمية فيجب مهر المثل كما اذا سكت عن المهر أصلا فهو الفرق وسواء كان البدل قدر الدية أو اقل أو اكثر لقوله تعالى فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف واداء اليه باحسان قوله عز وجل فمن عفي له أي أعطي له كذا روى عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما وقوله عز شأنه فاتباع بالمعروف أي فليتبع مصدر بمعنى الامر فقد أمر الله تبارك وتعالى الولي بالاتباع بالمعروف اذا أعطي له شيء واسم الشيء يتناول القليل والكثير فدلت الآية على جواز الصلح من القصاص على القليل والكثير وهذا بخلاف القتل الخطأ وشبه العمد انه اذا صالح على أكثر من الدية لا يجوز والفرق ان بدل الصلح في باب الخطأ وشبه العمد عوض عن الدية وانها مقدرة بمقدار معلوم لا تزيد عليه فالزيادة على المقدر تكون ربا فاما بدل الصلح عن القصاص فعوض عن القصاص والقصاص ليس من جنس المال حتى يكون البدل عنه زيادة على المال المقدر فلا يتحقق الربا فهو الفرق وأما كون المصالح عنه معلوماً فليس بشرط لجواز الصلح حتى ان من ادعى على آخر حقا في عين فأقر به المدعى عليه أو أنكر فصالح على مال معلوم جاز لان الصلح كما يصح بطريق المعاوضة يصح بطريق الاسقاط ولا يمكن تصحيحه هنا بطريق المعاوضة لجهالة أحد البدلين فيصحح بطريق الاسقاط فلا يؤدي الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم والقبض لان الساقط لا يحتمل ذلك وقد مر ان الجهالة فيما لا يحتمل التسليم والقبض لا تمنع جواز الصلح والثاني ان يكون حق المصالح والثالث ان يكون حقا ثابتا له في المحل فما لا يكون حقا له أو لا يكون حقا ثابتا له في المحل لا يجوز الصلح عنه حتى لو أن امرأة طلقها زوجها ادعت عليه صبيا في يده انه ابنه منها وجحد الرجل فصالحت عن النسب على شيء فالصلح باطل لان النسب حق الصبي لا حقها فلا تملك الاعتياض عن حق غيرها ولان الصلح اما اسقاط أو معاوضة والنسب لا يحتملهما ولو صالح الشفيع من الشفعة التي وجبت له على شيء على أن يسلم الدار للمشتري فالصلح باطل لانه لا حق للشفيع في المحل انما الثابت له حق التمليك وهو ليس لمعنى في المحل بل هو عبارة عن الولاية وانها صفة الوالي فلا يحتمل الصلح عنه بخلاف الصلح عن القصاص لان هناك المحل يصير مملوكا في حق الاستيفاء فكان الحق ثابتا في المحل فملك الاعتياض عنه بالصلح فهو الفرق وكذلك الكفيل بالنفس اذا صالح على مال على ان يبرئه من الكفالة فالصلح باطل لان الثابت للطالب قبل الكفيل بالنفس حق المطالبة بتسليم نفس المكفول بنفسه وذلك عبارة عن ولاية المطالبة وانها صفة الوالي فلا يجوز الصلح عنها فأشبه الشفعة وهل تبطل الكفالة فيه روايتان في رواية لا تبطل لانه ما رضي بسقوط حقه الا بعوض ولم يسلم له فلا يسقط حقه وفي رواية يسقط لان الابراء لا تقف صحته على العوض فيصح وان لم يسلم العوض فاذا صح انه اسقاط فالساقط لا يحتمل العود وعلى هذا اذا كان لرجل ظلة على طريق أو كنيف شارع أو ميزاب فخاصمه رجل وأراد أن يطرحه فصالحه على مال فهذا لا يخلو من وجهين اما أن يكون الطريق نافذا واما أن لا يكون نافذا فاذا كان نافذا فخاصمه رجل من المسلمين وأراد طرحه فصالحه على مال فالصلح باطل لان رقبة الطريق النافذ لا تكون ملكا لاحد من المسلمين وانما لهم حق المرور وانه ليس بحق ثابت في رقبة الطريق بل هو عبارة عن ولاية المرور وانه صفة المار فلا يجوز الصلح عنه مع ما انه لا فائدة في هذا الصلح لانه ان سقط حق هذا الواحد بالصلح فللباقين حق القلع وكذا لو صالح الثاني مع هذا المتقدم اليه على مال يأخذ من المتقدم اليه الطرح فالصلح باطل لان الطرح واجب عليه فأخذ المال عليه يكون رشوة هذا اذا كان الطريق نافذا فأما اذا لم يكن نافذا فصالحه رجل من أهل الطريق على مال للترك فالصلح جائز لان رقبة الطريق هنا مملوكة لاهل السكة فكان لكل واحد منهم فيها

ملكا فجاز الصلح عنه وكذا اسقاط حق كل واحد منهم بالصلح مفيد لاحتمال تحصيل رضا الباقين ولا يحتمل ذلك في الوجه الاول لانهم لا يحصون وكذا لو صالح الثاني مع واحد منهم على مال للترك جاز ويطيب له المال لان رقبة الطريق مملوكة لهم على الشركة فكان لكل واحد منهم فيها نصيب فكان الصلح اعتياضا عن ملكه فصح فاما في طريق المسلمين فلا ملك لاحد فيها ولا حق ثابت في المحل فلم يكن الصلح اعتياضا عن ملك ولا حق ثابت في المحل فبطل وذكر الجصاص أن جواز الصلح في طريق غير نافذ محمول على ما اذا بنى على الطريق فاما اذا شرع الى الهواء فلا يجوز لانه اعتياض عن الهواء ولو ادعى على رجل مالا وأنكر المدعى عليه ولا بينة للمدعى فطلب منه اليمين فصالح عن اليمين على أن لا يستحلفه جاز الصلح وبرئ من اليمين وكذا اذا قال المدعى عليه صالحتك من اليمين التي وجبت لك علي أو قال افتديت منك يمينك بكذا وكذا صح الصلح لان هذا صلح عن حق ثابت للمدعى لان اليمين حق المدعى قبل المدعى عليه قال عليه الصلاة والسلام في قصة الحضرمي والكندي ألك بينة قال لا قال اذا لك يمينه جعل اليمين حق المدعى فكان هذا صلحا عن حق ثابت شرعا للمدعى وكذا الملك في المدعى ثابت في زعمه فكان الصلح عن حق ثابت في حقه وفي حق المدعى عليه وهو بدل المال لاسقاط الخصومة والافتداء عن اليمين ولو قال المدعى عليه اشتريت منك اليمين على كذا او قال المدعى بعت منك اليمين على كذا لا يصح فقد خالف الصلح البيع حيث جاز بلفظ الصلح والافتداء ولم يجز بلفظ البيع والشراء ولو ادعى على رجل انه عبده فأنكر فصالحه على مائة درهم جاز لان هذا صلح عن حق ثابت في حق المدعى لان الرق ثابت في حقه فكان الصلح في حقه اعتاقا على مال فيصح الا أن الولاء لا يكون له لانكار المدعى عليه الرق فان أقام المدعى بعد ذلك بينة لا تقبل الا في حق اثبات الولاء وكذلك لو صالحه على حيوان في الذمة الى أجل كان جائزا لان الرق ثابت في حق المدعى فكان بدل الصلح بدلا عن العتق في حقه فأشبه بدل الكتابة فيجوز على حيوان في الذمة ولو ادعى رجل على امرأة نكاحا فجحدته فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز لان النكاح حق ثابت في حق المدعى فكان الصلح على حق ثابت فكان في معنى الخلع إذ هو أخذ المال بالبضع وقد وجد فكان جائزا وفي حقها بدل مال لاسقاط الخصومة وانه جائز أيضا للنص ولو ادعت امرأة على رجل نكاحا فجحد الرجل فصالحها على مال بذله لها لا يجوز لانه لا يخلو اما أن يكون النكاح ثابتا أو لم يكن ثابتا فان لم يكن ثابتا كان دفع المال اليها من الرجل في معنى الرشوة وان كان ثابتا لا تثبت الفرقة بهذا الصلح لان العوض في الفرقة تعطيه المرأة لا الزوج فلا يكون المال الذي تأخذه المرأة عوضا عن شئ فلا يجوز ولو ادعى على انسان مائة درهم فأنكر المدعى عليه فتصالحا على أنه ان حلف المدعى عليه فهو برئ فالصلح باطل والمدعى على دعواه حتى لو أقام بينة أخذه بها لان قوله على أنه ان حلف المدعى عليه فهو برئ تعليق البراءة بالشرط وانه باطل لان في الابراء معنى التمليك والاصل في التمليك ان لا يحتمل التعليق بالشرط وان لم تكن له بينة وأراد استحلافه فهو على وجهين ان كان ذلك الحلف عند غير القاضي فله أن يستحلفه عند القاضي مرة أخرى لان تلك اليمين غير معتبرة لانها غير واجبة ولا تنقطع بها خصومة فلم يكن معتدا بها وان كان عند القاضي لم يستحلفه ثانيا لان الحلف عند القاضي معتد به فقد استوفى المدعى حقه مرة فلا يجب الايفاء ثانيا ولو تصالحا على أن يحلف المدعى عليه فاذا حلف فالمال واجب على المدعى عليه فهو باطل لان هذا تعليق وجوب المال بالشرط وانه باطل لكونه قمارا ولو أودع انسانا وديعة ثم طلبها منه فقال المودع هلكت أو قال رددتها وكذبه المودع وقال استهلكتها فتصالحا على شئ فالصلح باطل عند أبي يوسف وعند محمد صحيح (وجه) قول محمد ان هذا صلح وقع عن دعوى صحيحة ويمين متوجهة فيصح كما في سائر المواضع (وجه) قول أبي يوسف ان المدعى مناقض في هذه الدعوى لان المودع أمين المالك وقول الامين قول المؤتمن فكان اخباره بالرد والهلاك اقرارا من المودع فكان مناقضا في دعوى الاستهلاك والتناقض يمنع صحة الدعوى الا أنه يستحلف لكن لا لدفع الدعوى لانها مندفعة لبطلانها بل للتهمة واذا لم تصح الدعوى لا يصح

الصلح ولوادعى المودع الاستهلاك ولم يقل المودع انها هلكت أو رددتها فتصالحا على شئ جاز لان دعوى الاستهلاك صحيحة واليمين متوجهة عليه فصح الصلح ولوطلب المودع الوديعة فجحدها المودع وقال لم تودعني شيأ ثم قال هلكت أو رددتها وقال المودع بل استهلكتها فتصالحا جاز لان المالك يدعى عليه ضمان الغصب بالجحود إذ هو سبب لوجوب الضمان وكل جواب عرفته فى الوديعة فهو الجواب فى العارية والمضاربة لان كل ذلك أمانة ولو اشترى من رجل عبدا فطعن فيه بعيب وخاصمه فيه ثم صالحه على شئ أوحط من ثمنه شيأ فان كان العبد مما يجوز رده على البائع وله المطالبة بارش العيب دون الرد فالصلح جائز لان الصلح عن العيب صلح عن حق ثابت فى المحل وهو صفة سلامة المبيع عن عيب وانها من قبيل الاموال فكان عن العيب معاوضة مال بمال فصح وكذا الصلح عن الارش معاوضة مال بمال لا شك فيه واذا صار المبيع بحال لا يملك رده على البائع ولا المطالبة بارشه بأن باع العبد فالصلح باطل لان حق الدعوى والخصومة فيهما قبل البيع قد بطل بالبيع فلا يجوز الصلح ولو صالح من العيب ثم زال العيب بأن كان بياضاً فى عين العبد فانجلى بطل الصلح ويرد ما أخذ لان المعوض وهى صفة السلامة قد عادت فيعود العوض فبطل الصلح ولو طعن المشترى بعيب فصالحه البائع على أن يبريه من ذلك العيب ومن كل عيب فهو جائز لان الابراء عن العيب ابراء عن صفة السلامة واسقاط لها وهى مستحقة على البائع فيصح الصلح عنها والابراء عن كل عيب وان كان ابراء عن المجهول لكن جهالة المصالح عنه لا تمنع صحة الصلح فلا تمنع صحة الابراء للفقه الذى مر قبل هذا ان الجهالة لعينها غير مانعة بل لافضائها الى المنازعة المانعة من التسليم والقبض والذى وقع الصلح والابراء عنه لا يفتقر الى التسليم والقبض فلا تضره الجهالة وكذلك لو لم يطعن المشترى بعيب فصالحه البائع من كل عيب على شئ فالصلح جائز لانه وان لم يطعن بعيب فله حق الخصومة فيصالحه لابطال هذا الحق ولو خاصمه فى ضرب من العيوب نحو الشجاج والقروح فصالحه على ذلك ثم ظهر عيب غيره كان له ان يخاصمه فيه لان الصلح وقع عن نوع خاص فكان له حق الخصومة فى غيره ولو اشترى شيأ من امرأة فظهر به عيب فصالحته على أن تتزوجه فهو جائز وهذا اقرار منها بالعيب فان كان يبلغ ارش العيب عشرة دراهم فهو مهرها وان كان أقل من ذلك يكمل لها عشرة دراهم لان ارش العيب لما صار مهرها والنكاح معاوضة البضع بالمهر فاذا نكحت نفسها فقد أقرت بالعيب وكذلك لو اشترى شيأ بارش عيب كان اقراراً بالعيب لان الشراء معاوضة فالاقدام عليه يكون اقرارا بالعيب بخلاف الصلح حيث لا يكون اقراراً بالعيب لان الصلح مرة يصح معاوضة ومرة يصح اسقاطاً فلا يصح دليلا على الاقرار بالشك والاحتمال ولو اشترى ثوبين كل واحد بعشرة فقبضهما ثم وجد بأحدهما عيباً فصالح على أن يرده بالعيب على أن يزيده فى ثمن الآخر درهما فالرد جائز وزيادة الدرهم باطل عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف لا يجوز شئ من ذلك (وجه) قوله ان الرد بالعيب فسخ والفسخ بيع جديد بمنزلة الاقالة والبيع تبطله الشروط الفاسدة (وجه) قولهما ان هذا تعليق الزيادة فى الثمن بالشرط وانه باطل لان الزيادة تلحق بأصل العقد وأصل الثمن لا يحتمل التعليق بالشرط لانه فى معنى القمار فكذا الزيادة عليه فاما الرد ففسخ العقد وانه يحتمل الشرط فجاز ولو ادعى على امرأة نكاحا فجحدت فصالحها على مائة درهم على أن تقر له بالنكاح فأقرت فهو جائز وتجعل المائة من الزوج زيادة فى مهرها لان اقرارها بالنكاح محمول على الصحة ولو ادعى على انسان ألفاً وأنكر المدعى فصالحه على مائة درهم على أن يقر له بالالف فهو باطل لان المدعى لا يخلو اما ان يكون صادقاً فى دعواه الالف واما أن يكون كاذبا فيها فان كان صادقا فيها فالالف واجبة على المدعى عليه ويكون أخذ العوض عليه فى معنى الرشوة وانه حرام وان كان كاذبا فى دعواه فاقرار المدعى عليه بالالف التزام المال ابتداء وهذا لا يجوز ولو قال لامرأة أعطيتك مائة درهم على أن تكونى امرأتى ففعلت ذلك فهو جائز اذا كان بمحضر من الشهود ويجعل كناية عن انشاء النكاح وكذا لو قال تزوجتك أمس على ألف درهم فجحدت فقال أزيدك مائة على أن تقرى لى بالنكاح فأقرت جاز ولها ألف ومائة ويحمل اقرارها على الصحة والله عز وجل

أعلم هذا الذى ذكرنا اذا كان الصلح بين المدعى والمدعى عليه (وأما) اذا كان بين المدعى والاجنبي المتوسط أو المتبرع فلا يخلو اما ان كان ذلك بأمر المدعى عليه أو بغير أمره فان كان بأمره يصح لانه وكيل عنه والصلح مما يحتمل التوكيل به وان كان بغير أمره فهو صلح الفضولى وانه على خمسة أوجه أحدها أن يضيف الضمان الى نفسه بأن يقول للمدعى صالحتك أو أصالحك من دعواك هذه على فلان على ألف درهم على انى ضامن لك الالف أو على أن على الالف والثانى أن يضيف المال الى نفسه بأن يقول على الفى هذه أو على عبدى هذا والثالث ان يعين البدل وان كان لا ينسبه الى نفسه بان يقول على هذه الالف أو على هذا العبد والرابع أن يسلم البدل وان لم يعين ولم ينسب بأن قال صالحتك على ألف وسلمها اليه والخامس ان لا يفعل شيأ من ذلك بأن يقول صالحتك على الف درهم أو على عبد وسط ولم يزد عليه ففى الوجوه الاربعة يصح الصلح لقوله تعالى انما المؤمنون اخوة فأصلحوا بين أخويكم وهذا خاص فى صلح المتوسط وقوله عز شأنه والصلح خير وهذا عام فى جميع أنواع الصلح لدخول الالف واللام على الصلح وانهما لاستغراق الجنس ولانه بالصلح فى هذه الوجوه متصرف على نفسه بالتبرع باسقاط الدين على الغير بالقضاء من مال نفسه ان كان الصلح عن اقرار وان كان عن انكار باسقاط الخصومة فيصح تبرعه كما اذا تبرع بقضاء دين غيره من مال نفسه ابتداء ومتى صح صلحه يجب عليه تسليم البدل فى الوجوه الثلاثة وليس له أن يرجع على المدعى عليه لان التبرع بقضاء الدين لا يطلق الرجوع على ما نذكره فى فصل الحكم ان شاء الله تعالى (وأما) فى الوجه الخامس فموقوف على اجازة المدعى عليه لان عند انعدام الضمان والنسبة وتعيين البدل والتمكين لا يمكن حمله على التبرع بقضاء دين غيره من مال نفسه فلا يكون متصرفا على نفسه بل على المدعى عليه فيقف على اجازته فان أجاز نفذ ويجب البدل عليه دون المصالح لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة ولو كان وكيلا من الابتداء لنفذ تصرفه على موكله فكذلك اذا التحق التوكيل بالاجازة وان رده بطل لان التصرف على الانسان لا يصح من غير اذنه واجازته ثم انما يصح صلح الفضولى اذا كان حرا بالغا فلا يصح صلح العبد المأذون والصبي لانهما ليسا من أهل التبرع وكذا الخلع من الاجنبي على هذه الفصول التى ذكرنا بأن كان باذن الزوج أو المرأة يصير وكيلا ويجب المال على المرأة دون الوكيل وان كان بغير اذنهما فهو على الفصول التى ذكرنا فى الصلح وكذلك الزيادة فى الثمن من الاجنبي على هذا التفصيل ان كان باذن المشترى يكون وكيلا ويجب على المشترى وإن كان بغير اذنه فعلى ما ذكرنا من الفصول وكذلك العفو والصلح عن دم العمد من الاجنبي على هذه الفصول ثم لا يخلو اما ان صالح على المفروض أو على غير المفروض بمقدار المفروض أو بأكثر منه قبل تعيين القاضى أو بعده على ما تقدم والاصل فيه أنه يجوز من صلح الاجنبي ما يجوز من صلح القاتل وما لا فلا وبيان ذلك انه اذا صالح الفضولى على خمسة عشر ألفا أو على ألفى دينار وضمن قبل تعيين القاضى الواجب على العاقلة جاز الصلح على عشرة آلاف درهم وعلى ألف دينار وتبطل الزيادة لما ذكرنا ان الفضولى بالصلح فى مثل هذا الموضع متبرع بقضاء دين على المتبرع عليه وليس عليه الا هذا القدر فلا يصح تبرعه عليه بالزيادة كمن كان له على آخر الف درهم دين فقضى عنه الفين بغير أمره له أن يسترد الزيادة هذا اذا صالح على المفروض فان صالح على جنس آخر جاز لان المانع من الجواز هو الربا ولا يجرى فى مختلف الجنس وكذلك لو صالح على مائتى بعير بعينها أو بغير عينها جاز صلحه على المائة لما أن القاتل لو فعل ذلك بنفسه لما جاز الا على المائة فكذا الفضولى لما ذكرنا ثم ان كانت بغير أعيانها فالواجب عليه مائة من الابل على الاسنان الواجبة فى باب الدية لان مطلق الابل فى هذا الباب ينصرف الى الواجب وان كانت بأعيانها فالواجب مائة منها والخيار الى الطالب لان الرضا بالكل يكون رضا بالبعض فان كان فى اسنان الابل نقصان عن اسنان الابل الواجبة فى باب الدية فللطالب أن يرد الصلح لان صلح الطالب على الزيادة على المفروض محمول على ان غرضه انه لو ظهر نقصان فى السن لا يجبر بزيادة العدد فاذا لم يحصل له الزيادة لم يحصل غرضه فاختل رضاه بالنقصان فأوجب حق النقض ولو صالح على مائة على

اسنان

اسنان الدية وضمنها فهو جائز ولا خيار للطالب لان الصلح على مائة على اسنان الدية استيفاء عين الحق وان كان القاضي عين الواجب فقضى عليه بالدراهم فصالح المتوسط على الفي دينار جاز ولا بد من القبض في المجلس كما لو فعله القاتل بنفسه لانه صرف فيراعى له شرائطه والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ (وأما) بيان حكم الصلح فنقول و بالله التوفيق ان للصلح أحكاما بعضها أصلي لا ينفصل عنه جنس الصلح المشروع و بعضها دخيل يدخل في بعض أنواع الصلح دون البعض أما الاصل فهو انقطاع الخصومة والمنازعة بين المتداعيين شرعا حتى لا تسمع دعواهما بعد ذلك وهذا حكم لازم جنس الصلح فأما الدخيل فأنواع منها حق الشفعة للشفيع وجملته ان المدعى لو كان دارا او بدل الصلح سوى الدار من الدراهم والدنانير وغيرهما فان كان الصلح عن اقرار المدعى عليه يثبت للشفيع فيها حق الشفعة لانه في معنى البيع من الجانبين فيجب حق الشفعة وان كان الصلح عن انكار لا يثبت لانه ليس في معنى البيع من جانب المدعى عليه بل هو بذل المال لدفع الخصومة واليمين لكن للشفيع أن يقوم مقام المدعى فيدلى بحجته على المدعى عليه فان كانت للمدعى بينة أقامها الشفيع عليه وأخذ الدار بالشفعة لان باقامة البينة تبين له أن الصلح كان في معنى البيع وكذلك ان لم تكن له بينة فحلف المدعى عليه فنكل وان كان بدل الصلح دارا والصلح عن اقرار المدعى عليه يثبت للشفيع حق الشفعة في الدارين جميعا لما مر أن الصلح هنا في معنى البيع من الجانبين فصار كانهما تبايعا دارا بدار فيأخذ شفيع كل دار الدار المشفوعة بقيمة الدار الاخرى وان تصالحا على أن يأخذ المدعى الدار المدعاة و يعطي المدعى عليه دارا أخرى فان كان الصلح عن انكار وجبت فيهما الشفعة بقيمة كل واحدة منهما لان هذا الصلح في معنى البيع من الجانبين وان كان الصلح عن اقرار لا يصح لان الدارين جميعا ملك المدعى لاستحالة أن يكون ملكه بدلا عن ملكه واذا لم يصح الصلح لا تجب الشفعة ولو صالح عن الدار على منافع لا تثبت الشفعة وان كان الصلح عن اقرار لان المنفعة ليست بعين مال فلا يجوز أخذ الشفعة بها وان كان الصلح عن انكار يثبت للشفيع حق الشفعة في الدار التي هي بدل الصلح ولا يثبت في الدار المدعاة لان الاخذ بالشفعة يستدعي كون المأخوذ مبيعا في حق من يأخذ منه لان الصلح عن انكار في جانب المدعى معاوضة فكان بدل الصلح بمعنى البيع في حقه اذا كان عينا فكان للشفيع حق الاخذ منه بالشفعة وفي جانب المدعى عليه ليس بمعاوضة بل هو اسقاط الخصومة ودفع اليمين عن نفسه فلم يكن للدار المدعاة حكم المبيع في حقه فلم يكن للشفيع أن يأخذها بالشفعة الا أن يدلى بحجة المدعى فيقيم البينة أو يحلف المدعى عليه فينكل على ما ذكرنا ومنها حق الرد بالعيب وانه يثبت من الجانبين جميعا ان كان الصلح عن اقرار لانه بمنزلة البيع وان كان عن انكار يثبت في جانب المدعى ولا يثبت في جانب المدعى عليه لان هذا بمنزلة البيع في حقه لا في حق المدعى عليه والعيب على المدعى عليه في دعواه فان أقام البينة أخذ حصة العيب وان لم يثبت للمدعى عليه حق الرد بالعيب لم يرجع في شئ وكذا لو استحق عليه الدار وقد بنى فيها بناء فنقض لا يرجع على المدعى بقيمة البناء وكذا لو كان المدعى جارية فاستولدها لم يكن مغرورا ولا يرجع بقيمة الولد لان ما أخذه المدعى ليس بدل المدعى في حقه الا أنه اذا استحقت الدار المدعاة يرجع على المدعى بما أدى اليه لان المؤدى بدل الخصومة في حقه وقد تبين أنه لا خصومة له فيه فكان له حق الرجوع بالمؤدى ولو وجد ببدل الصلح عيبا فلم يقدر على رده للهلاك أو للزيادة أو للنقصان في يد المدعى فان كان الصلح عن اقرار يرجع على المدعى عليه بحصة العيب في المدعى وان كان عن انكار يرجع بحصة العيب على المدعى عليه في دعواه فان أقام البينة أخذ حصة العيب وكذا اذا حلفه فنكل وان حلف فلا شئ عليه ومنها الرد بخيار الرؤية في نوعي الصلح وفرق الطحاوي بينهما والحق الرد في الصلح عن انكار ببدل الصلح عن القصاص وبالمهر و ببدل الخلع والرد بخيار الرؤية غير ثابت في تلك العقود فكذا ههنا وفي كتاب الصلح أثبت حق الرد في النوعين جميعا من غير فصل هو الصحيح لان الخيار ثبت للمدعى فيستدعي كونه معاوضة عن حقه وقد وجد وكذلك الاحكام تشهد بصحة هذا

على ماذكر ومنها أنه لا يجوز التصرف فى بدل الصلح قبل القبض اذا كان منقولا فى نوعى الصلح فلا يجوز للمدعى بيعه وهبتـه ونحوذلك وان كان عقارا يجوز عند أبى حنيفة وأبى يوسـف وعند محمد لا يجوز ويجوز ذلك فى الصـلح عن القصاص للمصالح أن يبيعه ويبرئ عنه قبل القبض وكذلك المهر والخلع والفرق ان المانع من الجواز فى سائر المواضع التحرز عن انفساخ العقد على تقدير الهلاك ولم يوجد هنا لان الصلح عن القصاص بما لا يحتمل الا نفساخ فلا حاجة الى الصيانة بالمنع كالمو روث وبذا تبين ان الحاق العقد بالعقود التى هى مبادلة مال بغير مال على ماذكره الطحاوى غير سديد ولو صالح عن القصاص على عين فهلكت قبل التسليم فعليه قيمتها لان الصلح لم ينفسخ فبقى وجوب التسليم وهو عاجز عن تسليم العين للمصطلح فيجب تسليم القيمة (ومنها) ان الوكيل بالصلح اذا صالح ببـدل الصلح يلزمه أو يلزم المدعى عليه فهذا فى الاصـل لا يخلو من وجهين إما أن يكون الصلح فى معنى المعاوضـة وإما أن يكون فى معنى استيفاء عـين الحق فان كان فى معنى المعاوضـة يلزمه دون المدعى عليـه لانه يكون جاريا مجرى البيع وحقوق البيع راجعة الى الوكيل وان كان فى معنى استيفاء عين الحق فهذا على وجهين أيضاً اما ان ضمن بدل الصلح واما ان لم يضمن فان لم يضمن لا يلزمه لانه يكون سـفيراً بمنزلة الرسول فلا ترجع اليه الحقوق وان ضمن لزمه بحكم الـكفالة لا بحكم العقد (وأما) الفضولى فان نفذ صلحه فالبدل عليه ولا يرجع به على المدعى عليه لانه متبرع وان وقف صلحه فان رده المدعى عليه بطل ولا شيء على واحد منهما وان أجازه جاز والبدل عليه دون الفضولى.

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يبطل به الصلح بعد وجوده فنقول وبالله التوفيق ما يبطل به الصلح أشياء (منها) الاقالة فيما سوى القصـاص لان ماسوى القصاص لا يخلو عن معنى معاوضـة المال بالمال فكان محتملا للفسخ كالبيع ونحوه (فاما) فى القصاص فالصلح فيه اسقاط محض لانه عفو والعفو اسقاط فلا يحتمل الفسخ كالطلاق ونحوه (ومنها) لحاق المرتد بدار الحرب أو موته على الردة عند أبى حنيفة بناء على ان تصرفات المرتد موقوفة عنده على الاسـلام أو اللحوق بدار الحرب والموت فان أسلم نفذ وان لحق بدار الحرب وقضى القاضى به أو قتل أو مات على الردة تبطل وعنـدهما نافذة والمرتدة اذا الحقت بدار الحرب يبطل من صلحها ما يبطل من صلح الحربية لان حكمها حكم الحربية والمسـئلة تعرف فى موضعها ان شاء الله تعالى (ومنها) الرد بخيار العيب والرؤية لانه يفسخ العقد لما علم (ومنها) الاستحقاق وأنه ليس ابطالا حقيقـة بل هو بيان ان الصلح لم يصح أصـلا لا أنه بطل بعد الصحة الا أنه ابطال من حيث الظاهر لنفاذ الصـلح ظاهراً فيجوز الحاقه بهذا القسم لـكنه ليس بابطال حقيقة فـكان الحاقه باقسام الشرائط على ماذكرنا أولى وأقرب الى الصناعة والفقه فكان أولى (ومنها) هلاك أحد المتعاقدين فى الصلح على المنافع قبل انقضاء المدة لانه بمعنى الاجارة وأنها تبطل بموت أحد المتعاقدين وأما هلاك ما وقع الصلح على منفعته هل يوجب بطلان الصلح فلا يخلو اما ان كان حيوانا كالعبد والدابة أو غير حيوان كالدار والبيت فان كان حيوانا لا يخلو اما ان هلك بنفسه أو باستهلاك فان هلك بنفسه يبطل الصلح اجماعا وان هلك باستهلاك فلا يخلو من ثلاثة أوجه اما ان استهلكه أجنبى واما ان استهلكه المدعى عليه واما ان استهلكه المدعى فان استهلكه أجنبى بطل الصلح عند محمد وقال أبو يوسف لا يبطل ولكن للمدعى الخيار ان شاء نقض الصلح وان شاء اشترى له بقيمته عبداً يخدمه الى المدة المضروبة (وجه) قول محمد ان الصلح على المنفعة بمنزلة الاجارة لان الاجارة تمليك المنفعة بعوض وقد وجد وهذا املاك اجارة العبد من غيره بمنزلة المستأجر فى باب الاجارة والاجارة تبطل بهلاك المستأجر سواء هلك بنفسه أو باستهلاك كذا هذا (وجه) قول أبى يوسف ان هذا صلح فيـه معنى الاجارة وكان معنى المعاوضـة لازم فى الاجارة فمعنى استيفاء عين الحق أصـل فى الصلح فيجب اعتبارهما جميعاً ما أمكن ومعلوم انه لا يمكن استيفاء الحق من المنفعة لانها ليست من جنس المدعى فيجب تحقيق معنى الاستيفاء من محـل المنفعة وهو الرقبة ولا يمكن ذلك الا بعد ثبوت الملك له فيها فتجعل كانه املكه فى حق استيفاء حقه منها وبعد القتل ان تعذر الاستيفاء من عينها يمكن من بدلها فكان له أن يستوفى من البدل بان يشترى له عبداً فيخدمه الى

المدة

المدة المشروطة وله حق النقض أيضاً لتعذر محل الاستيفاء وان استهلكه المدعى عليه بان قتله أو كان عبداً فاعتقه يبطل الصلح أيضا وقيل هذا قول محمد فاما على أصل أبي يوسف فلا يبطل وتلزمه القيمة ليشتري له بها عبداً آخر يخدمه الى المدة المشروطة كما اذا قتله أجنبي وكالراهن اذا قتل العبد المرهون أو أعتقه وهذا لان رقبة العبد وان كانت مملوكة للمدعى عليه لكنها مشغولة بحق الغير وهو المدعى لتعلق حقه بها فتجب رعايتهما جميعاً بتنفيذ العتق ويضمن القيمة كما في الرهن وكذا لو استهلكه المدعى بطل الصلح عند محمد وعند أبي يوسف لا يبطل وتؤخذ من المدعى قيمة العبد ويشتري عبدا آخر يخدمه وهل يثبت الخيار للمدعى في نقض الصلح على مذهبه فيه نظر هذا اذا كان الصلح على منافع الحيوان فاما اذا كان على سكنى بيت فهلك بنفسه بان انهدم أو باستهلاك بان هدمه غيره لا يبطل الصلح ولكن لصاحب السكنى وهو المدعى الخيار ان شاء بناه صاحب البيت بيتاً آخر يسكنه الى المدة المضروبة وان شاء نقض الصلح ولا يتعذر هنا خلاف محمد لان إجارة العبد تبطل بموته بالاجماع واجارة الدار لا تبطل بانهدامها ولصاحب الدار أن يبنيها مرة أخرى في بعض اشارات الروايات عن أصحابنا على ما مر في الاجارات ولو تصالحا عن انكار المدعى عليه على مال ثم أقر المدعى عليه بعد الصلح لا ينفسخ الصلح لان الاقرار مبين ان الصلح وقع معاوضة من الجانبين فكان مقر اللصلح لا مبطلا له ولو أقام المدعي البينة بعد الصلح لا تسمع بينته الا اذا ظهر ببدل الصلح عيب وأنكر المدعى عليه فاقام البينة ليرده بالعيب فتسمع بينته وتبين ان للصلح الماضي حكم الصلح عن اقرار المدعى عليه فكل حكم ثبت في ذلك ثبت في هذا

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم الصلح اذا بطل بعد صحته أو لم يصح أصلا فهو أن يرجع المدعى الى أصل دعواه ان كان الصلح عن انكار وان كان عن اقرار فيرجع على المدعى عليه بالمدعى لا غيره الا ان في الصلح عن قصاص اذا لم يصح كان له أن يرجع على القاتل بالدية دون القصاص الا ان يصير مغرورا من جهة المدعى عليه فيرجع عليه بضمان الغرور أيضاً وبيان هذه الجملة انهما اذا تقايلا الصلح فيما سوى القصاص أو رد البدل بالعيب وخيار الرؤية يرجع المدعى بالمدعى ان كان عن اقرار وان كان عن انكار يرجع الى دعواه لان الاقالة والرد بالعيب وخيار الرؤية فسخ للعقد واذا فسخ جعل كان لم يكن فعاد الامر على ما كان من قبل وكذا اذا استحق لان بالاستحقاق ظهر أنه لم يصح لفوات شرط الصحة فكانه لم يوجد أصلا فكان وجوده وعدمه بمنزلة واحدة الا أن في الصلح عن القصاص عن اقرار لا يرجع بالمدعى وان فات شرط الصحة لان صورة الصلح أورثت شبهة في درء القصاص والقصاص لا يستوفى مع الشبهة فسقط لكن الى بدل وهو الدية فاما المال وما سوى القصاص من الحقوق والحدود فيما يمكن استيفاؤه مع الشبهة فأمكن الرجوع بالمدعى ولا يرجع بشيء آخر الا اذا صار مغرورا من جهة المدعى عليه بان كان بدل الصلح جارية فقبضها واستولدها ثم جاء مستحق فاستحقها وأخذها وأخذ عقرها وقيمة ولدها وقت الخصومة فانه يرجع على المدعى عليه بالمدعى وبما ضمن من قيمة الولد ان كان الصلح عن اقرار لانه صار مغرورا من جهته وان كان الصلح عن انكار يرجع الى دعواه لا غير فان أقام البينة على صحة دعواه أو حلف المدعى عليه فنكل حينئذ يرجع بما ادعى وبقيمة الولد لانه تبين أنه كان مغرورا فيرجع عليه بضمان الغرور ولا يرجع بالعقر في نوعي الصلح لان العقر بدل لمنفعة المستوفى فكان عليه العقر وان كان الصلح عن القصاص في النفس أو ما دونها فصالح على جارية فاستولدها ثم استحقت فانه يرجع على المدعى عليه بقيمة الجارية وبما ضمن من قيمة الولد ان كان الصلح عن اقرار ولا يرجع بالعقر لما ذكرنا وان كان الصلح عن انكار يرجع الى دعواه لا غير فان أقام البينة أو حلف المدعى عليه فنكل يرجع بقيمة الجارية وبما ضمن من قيمة الولد لما قلنا وان حلف لا يرجع بشيء أو صالح المتوسط على عبد معين فاستحق العبد أو وجد به عيباً فرده حتى بطل الصلح لا سبيل للمدعى على المتوسط ولكنه يرجع بالمدعى ان كان الصلح عن اقرار وان كان عن انكار يرجع الى دعواه لان المتوسط بهذا الصلح لا يضمن سوى تسليم العبد المعين ولو صالح على دراهم مسماة وضمنها

ودفعها اليه ثم استحقت أو وجدها زيوفاً له ان يرجع على المصالح المتوسط لانه بالضمان التزم تسليم الجارية وسلامة المضمون ولو استحقت الدار المدعاة بعد الصلح عن اقرار أو عن انكار كان للمدعى عليه أن يرجع بما دفع (أما) فى موضع الاقرار فلا شك فيه لان المأخوذ عوض فى حقهما جميعاً (وأما) فى موضع الانكار فلان المأخوذ عوض فى حق المدعى عن المدعى عليه وقد فات بالاستحقاق فيجب عليه رد عوضه هذا اذا استحق كل الدار فأما اذا استحق بعضها فان كان ادعى جميع الدار يرجع بحصة ما استحق لفوات بعض ما هو عوض عن المستحق وان كان ادعى فيها حقاً لم يرجع بشئ لجواز أن يكون المدعى ما وراء المستحق واذا بطل الصلح على المنافع بموت أحد المتعاقدين وغير ذلك فى أثناء المدة فان كان الصلح عن اقرار رجع بالمدعى بقدر ما لم يستوف من المنفعة وان كان عن انكار رجع الى الدعوى فى قدر ما لم يستوف من المنفعة ولو صالح عن القصاص على دن من خمر فاذا هو خل أو على عبد فاذا هو حر فهو على الاختلاف الذى عرف فى باب النكاح الا ان فيما يجب مهر المثل هناك تجب الدية هنا وفيما تجب القيمة لرجل مثله هناك يجب ذلك هنا ولا يشبه هذا ما اذا صالح عن القصاص على خمر وهو يعلم بانه خمر أنه لا يجب شئ وههنا يجب شئ لان هناك صار مغروراً من جهة المدعى عليه بتسمية العبد والخل وكل من غر غيره فى شئ يكون ملتزماً ما يلحقه من العهدة فيه فاذا ظهر الامر بخلافه كان له حق الرجوع عليه بحكم الكفالة والضمان ومعنى الغرور لا يتقرر عند علمه بحال المسمى فتبقى لفظة الصلح كناية عن العفو وأنه مسقط للحق أصلا فهو الفرق بين الامرين والله عز وجل أعلم

﴿ كتاب الشركة ﴾

الشركة فى الاصل نوعان شركة الاملاك وشركة العقود وشركة الاملاك نوعان نوع يثبت بفعل الشريكين ونوع يثبت بغير فعلهما (أما) الذى يثبت بفعلهما فنحو أن يشتريا شيأ أو يوهب لهما أو يوصى لهما أو يتصدق عليهما فيقبلا فيصير المشترى والموهوب والموصى به والمتصدق به مشتركا بينهما شركة ملك (وأما) الذى يثبت بغير فعلهما فالميراث بان ورثا شيأ فيكون الموروث مشتركا بينهما شركة ملك (وأما) شركة العقود فالكلام فيها يقع فى مواضع فى بيان أنواعها وكيفية كل نوع منها وركنه وفى بيان شرائط ركنه وفى بيان حكم الشركة وفى بيان صفة عقد الشركة وفى بيان ما يبطل العقد أما الاول فشركة العقود أنواع ثلاثة شركة بالاموال وشركة بالاعمال وتسمى شركة الابدان وشركة الصنائع وشركة بالتقبل وشركة بالوجوه (أما) الاول وهو الشركة بالاموال فهو أن يشترك اثنان فى رأس مال فيقولان اشتركنا فيه على أن نشترى ونبيع معا أو شتى أو أطلقا على أن ما رزق الله عز وجل من ربح فهو بيننا على شرط كذا أو يقول أحدهما ذلك ويقول الآخر نعم ولو ذكرا الشراء دون البيع فان ذكرا ما يدل على شركة العقود بان قالا ما اشترينا فهو بيننا أو ما اشترى أحدنا من تجارة فهو بيننا يكون شركة لانهما لما جعلا ما اشتراه كل واحد بينهما علم انهما أرادا به الشركة لا الوكالة لان الوكيل لا يوكل موكله عادة واذا لم يكن وكالة لا تقف صحته على ما تقف عليه صحة الوكالة وهو التخصيص ببيان الجنس أو النوع أو قدر الثمن بل يصح من غير بيان شئ من ذلك ان لم يذكرا الشراء ولا البيع ولا ما يدل على شركة العقود بان قال رجل لغيره ما اشتريت من شئ فبينى وبينك أو قال فبيننا وقال الآخر نعم فان أرادا بذلك أن يكونا بمعنى شريكى التجارة كان شركة حتى تصح من غير بيان جنس المشترى ونوعه وقدر الثمن كما اذا نصا على الشراء والبيع وان أرادا به أن يكون المشترى بينهما خاصة بعينه ولا يكونا فيه كشريكى التجارة بل يكون المشترى بينهما بعينه كما اذا ورثا أو وهب لهما كان وكالة لا شركة فان وجد شرط صحة الوكالة جازت الوكالة والا فلا وهو بيان جنس المشترى وبيان نوعه أو مقدار الثمن فى الوكالة الخاصة وهى أن لا يفوض الموكل الرأى الى الوكيل بان يقول ما اشتريت لى من عبد تركى أو جارية رومية فهو جائز أو ما اشتريت لى من عبد أو جارية بالف درهم فهو جائز أو بيان الوقت أو قدر الثمن أو جنس المشترى فى الوكالة العامة بان يقول ما اشتريت لى من شئ اليوم

او

أو شهر كذا أو سنة كذا فهو جائز أو قال ما اشتريت لي من شيء بألف درهم فهو جائز أو ما اشتريت لي من البز والخز فهو جائز وانما كان كذلك لان مطلق هذا اللفظ يحتمل الشركة ويحتمل الوكالة فلا بد من النية فان نوى به الشركة كان شركة في عموم التجارات لان الاصل في الشركة العموم لان المقصود منها تحصيل الربح وهذا المقصود لا يحصل الا بتكرار التجارة مرة بعد أخرى ولا يشترط لها بيان شيء مما ذكرنا لان ذلك ليس بشرط لصحة الشركة وان نوى به الوكالة كان وكالة ويقف صحتها على شرائطها من الخاصة أو العامة لان مبنى الوكالة على الخصوص لان المقصود منها تملك العين لا تحصيل الربح منها فلا بد فيها من التخصيص ببيان ما ذكرنا الا أنه يكتفى في الوكالة العامة ببيان أحد الاشياء التي وصفنا لانه لما عممها بتفويض الرأي فيها الى الوكيل فقد شبهها بالشركة فكان في احتمال الجهالة الفاحشة كالشركة لكنها وكالة والخصوص أصل في الوكالة فلا بد فيها من ضرب تخصيص فان أتى بشيء مما ذكرنا جازت والا بطلت قال بشر سمعت أبا يوسف يقول في رجل قال لرجل ما اشتريت اليوم من شيء فبيني وبينك نصفين فقال الرجل نعم فان أبا حنيفة رحمه الله قال هذا جائز وكذلك قال أبو يوسف وكذلك ان وقت مالا ولم يؤقت يوما وكذا ان وقت صنفا من الثياب وسمى عددا أو لم يسم ثمنا ولا يوما وان قال ما اشتريت من شيء فهو بيني وبينك ولم يسم شيأ مما ذكرنا فان أبا حنيفة رحمه الله قال لا يجوز وكذلك قال أبو يوسف لما ذكرنا انه لم يذكر البيع ولا ما يدل على شركة العقود علم أنها وكالة فلا تصح الا بضرب من التخصيص على ما بينا وذكر محمد في الاصل في رجلين اشتركا بغير مال على أن ما اشتريا اليوم فهو بينهما خصا صنفا من الاصناف أو عما ولم يخصا فهو جائز وكذلك ان لم يوقتا للشركة وقتا كان هذا جائزا الا انهما لما جعلا ما يشتريه كل واحد بينهما دل على انها شركة وليست بوكالة لان الوكالة لا تكون من الجانبين عادة واذا كان شركة فالشركة لا تحتاج الى التخصيص قال وان أشهد أحدهما أن ما يشتريه لنفسه بغير محضر من صاحبه فكلما اشتريا شيأ فهو بينهما لان الشركة لما صحت كان كل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتريه فهو بالاشهاد انه يشتري لنفسه يريد اخراج نفسه من الوكالة بغير محضر من الموكل فلا يملك ذلك (وأما) الشركة بالاعمال فهو أن يشتركا على عمل من الخياطة أو القصارة أو غيرهما فيقولا اشتركنا على أن نعمل فيه على أن ما رزق الله عز وجل من أجرة فهي بيننا على شرط كذا (وأما) الشركة بالوجوه فهو أن يشتركا وليس لهما مال لكن لهما وجاهة عند الناس فيقولا اشتركنا على أن نشتري بالنسيئة ونبيع بالنقد على أن ما رزق الله سبحانه وتعالى من ربح فهو بيننا على شرط كذا وسمى هذا النوع شركة الوجوه لانه لا يباع بالنسيئة الا الوجيه من الناس عادة ويحتمل انه سمى بذلك لان كل واحد منهما يواجه صاحبه ينتظران من يبيعهما بالنسيئة ويدخل في كل واحد من الانواع الثلاثة العنان والمفاوضة ويفصل بينهما بشرائط تختص بالمفاوضة نذكرها في موضعها ان شاء الله تعالى

﴿فصل﴾ وأما بيان جواز هذه الانواع الثلاثة فقد قال أصحابنا انها جائزة عنانا كانت أو مفاوضة وقال الشافعي رحمه الله شركة الاعمال والوجوه لا جواز لها أصلا ورأسا (وأما) شركة الاموال فتجوز فيها العنان ولا تجوز فيها المفاوضة وقال مالك رحمه الله لا أعرف المفاوضة وقيل في اشتقاق العنان انه مأخوذ من العن وهو الاعراض يقال عن لي أي اعترض وظهر قال امرؤ القيس

فعن لنا سرب كأن نعاجه * عذارى دوار في ملاء مذيل

سمى هذا النوع مثل الشركة عنانا لانه يقع على حسب ما يعن لهما في كل التجارات أو في بعضها دون بعض وعند تساوي المالين أو تفاضلهما وقيل هو مأخوذ من عنان الفرس أن يكون باحدى يديه ويده الاخرى مطلقة يفعل بها ما يشاء فسمى هذا النوع من الشركة له عنانا لانه لا يكون الا في بعض الاموال ويتصرف كل واحد منهما في الباقي كيف يشاء أو لان كل واحد منهما جعل عنان التصرف في المال المشترك لصاحبه وكان أهل الجاهلية يتعاطون هذه الشركة قال النابغة

وشاركنا قريشاً في بقاها * وفي احسابها شرك العنان

(وأما) المفاوضة فقد قيل انها المساواة في اللغة قال القائل وهو العبدي

يهدي الامور بأهل الرأي ما صلحت * فان تولت فبالاشرار تنقاد

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم * ولا سراة اذا جهالهم سادوا

سمي هذا النوع من الشركة مفاوضة لاعتبار المساواة فيه في رأس المال والربح والتصرف وغير ذلك على ما نذكر وقيل هي من التفويض لان كل واحد منهما يفوض التصرف الى صاحبه على كل حال (وأما) الكلام في شركة الاعمال والوجوه (فوجه) قول الشافعي رحمه الله ان الشركة تنبئ عن الاختلاط ولهذا شرط الخلط لجواز الشركة ولا يقع الاختلاط الا في الاموال وكذا ما وضع له الشركة لا يتحقق في هذين النوعين لانها وضعت لاستنماء المال بالتجارة لان نماء المال بالتجارة والناس في الاهتداء الى التجارة مختلفون بعضهم أهدى من البعض فشرعت الشركة لتحصيل غرض الاستنماء ولا بد من أصل يستنمي ولم يوجد في هذين النوعين فلا يحصل ما وضع له الشركة فلا يجوز (ولنا) ان الناس يتعاملون بهذين النوعين في سائر الاعصار من غير انكار عليهم من أحد وقال عليه الصلاة والسلام لا تجتمع أمتي على ضلالة ولأنهما يشتملان على الوكالة والوكالة جائزة والمشتمل على الجائز جائز وقوله ان الشركة شرعت لاستنماء المال فيستدعي أصلا يستنمي فنقول الشركة بالاموال شرعت لتنمية المال وأما الشركة بالاعمال أو بالوجوه فما شرعت لتنمية المال بل لتحصيل أصل المال والحاجة الى تحصيل أصل المال فوق الحاجة الى تنميته فلما شرعت لتحصيل الوصف فلأن تشرع لتحصيل الاصل أولى (وأما) الكلام في الشركة بالاموال فأما العنان فجائز باجماع فقهاء الامصار ولتعامل الناس ذلك في كل عصر من غير نكير وما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ولما روى أن أسامة بن شريك جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أتعرفني فقال عليه الصلاة والسلام وكيف لا أعرفك وكنت شريكي ونعم الشريك لا تداري ولا تماري وأدنى ما يستدل بفعله عليه الصلاة والسلام الجواز وكذا بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يتعاملون بهذه الشركة فقررهم على ذلك حيث لم ينههم ولم ينكر عليهم والتقرير أحد وجوه السنة ولان هذه العقود شرعت لمصالح العباد وحاجتهم الى استنماء المال متحققة وهذا النوع طريق صالح للاستنماء فكان مشروعا ولانه يشتمل على الوكالة والوكالة جائزة اجماعا (وأما) المفاوضة (فأما) قول مالك رحمه الله لا أعرف ما المفاوضة فان عني به لا أعرف معناها في اللغة فقد بينا معناها في اللغة انها عبارة عن المساواة وان عني به لا أعرف جوازها فقد عرفنا رسول الله صلى الله عليه وسلم الجواز بقوله عليه الصلاة والسلام تفاوضوا فانه أعظم للبركة ولانها مشتملة على أمرين جائزين وهما الوكالة والكفالة لان كل واحد منهما جائزة حال الانفراد وكذا حالة الاجتماع كالعنان ولانها طريق استنماء المال أو تحصيله والحاجة الى ذلك متحققة فكانت جائزة كالعنان (وأما) الكلام مع الشافعي رحمه الله فوجه قوله أن المفاوضة تتضمن الكفالة عندكم والكفالة التي تتضمنها المفاوضة كفالة بمجهول وانها غير صحيحة حالة الانفراد فكذا التي تتضمنها المفاوضة ودليلنا على الجواز ما ذكرنا مع مالك رحمه الله (وأما) قوله المكفول له مجهول فنعم لكن هذا النوع من الجهالة في عقد الشركة عفو وان لم يكن عفوا حالة الانفراد كما في شركة العنان فانها تشتمل على الوكالة العامة وان كان لا يصح هذا التوكيل حالة الانفراد وكذا المضاربة تتضمن وكالة عامة وانها صحيحة وان كانت الوكالة العامة لا تصح من غير بيان حالة الانفراد فكذا هذا او كان المعنى في ذلك ان الوكالة لا تثبت في هذا العقد مقصودا بل ضمنا للشركة وقد يثبت الشئ ضمنا وان كان لا يثبت قصدا او يشترط للثابت مقصودا ما لا يشترط للثابت ضمنا وتبعا كعزل الوكيل ونحو ذلك

﴿فصل﴾ وأما بيان شرائط جواز هذه الانواع فلجوازها شرائط بعضها يعم الانواع كلها او بعضها يخص البعض دون البعض (أما) الشرائط العامة فانواع (منها) أهلية الوكالة لان الوكالة لازمة في الكل وهي أن يصير كل واحد

منهما

منهما وكيل صاحبه فى التصرف بالشراء والبيع وتقبل الاعمال لان كل واحد منهما أذن لصاحبه بالشراء والبيع وتقبل الاعمال مقتضى عقد الشركة والوكيل هو المتصرف عن اذن فيشترط فيهما أهلية الوكالة لما علم فى كتاب الوكالة (ومنها) أن يكون الربح معلوم القدر فان كان مجهولا تفسد الشركة لان الربح هو المعقود عليه وجهالته توجب فساد العقد كما فى البيع والاجارة (ومنها) أن يكون الربح جزأ شائعا فى الجملة لا معينا فان عينا عشرة أو مائة أو نحو ذلك كانت الشركة فاسدة لان العقد يقتضى تحقق الشركة فى الربح والتعيين يقطع الشركة لجواز أن لا يحصل من الربح الا القدر المعين لاحدهما فلا يتحقق الشركة فى الربح (وأما) الذى يخص البعض دون البعض فيختلف (أما) الشركة بالاموال فلها شروط (منها) أن يكون رأس المال من الاثمان المطلقة وهى التى لا تتعين بالتعيين فى المفاوضات على كل حال وهى الدراهم والدنانير عنانا كانت الشركة أو مفاوضة عند عامة العلماء فلا تصح الشركة فى العروض وقال مالك رحمه الله هذا ليس بشرط وتصح الشركة فى العروض والصحيح قول العامة لان معنى الوكالة من لوازم الشركة والوكالة التى يتضمنها الشركة لا تصح فى العروض وتصح فى الدراهم والدنانير فان من قال لغيره بع عرضك على أن يكون ثمنه بيننا لا يجوز واذا لم تجز الوكالة التى هى من ضرورات الشركة لم تجز الشركة ولو قال له اشتر بألف درهم من مالك على أن يكون ما اشتريته بيننا جاز ولان الشركة فى العروض تؤدى الى جهالة الربح عند القسمة لان رأس المال يكون قيمة العروض لا عينها والقيمة مجهولة لانها تعرف بالحزر والظن فيصير الربح مجهولا فيؤدى الى المنازعة عند القسمة وهذا المعنى لا يوجد فى الدراهم والدنانير لان رأس المال من الدراهم والدنانير عند القسمة عينها فلا يؤدى الى جهالة الربح ولان النبى عليه الصلاة والسلام نهى عن ربح ما لم يضمن والشركة فى العروض تؤدى الى ربح ما لم يضمن لان العروض غير مضمونة بالهلاك فان من اشترى شيأ بعرض بعينه فهلك العرض قبل التسليم لا يضمن شيأ آخر لان العروض تتعين بالتعيين فيبطل البيع فاذا لم تكن مضمونة فالشركة فيها تؤدى الى ربح ما لم يضمن وانه منهى بخلاف الدراهم والدنانير فانها مضمونة بالهلاك لانها لا تتعين بالتعيين فالشركة فيها لا تؤدى الى ربح ما لم يضمن بل يكون ربح ما ضمن والحيلة فى جواز الشركة فى العروض وكل ما يتعين بالتعيين أن يبيع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال صاحبه حتى يصير مال كل واحد منهما نصفين وتحصل شركة ملك بينهما ثم يعقدان بعد ذلك عقد الشركة فتجوز بلا خلاف ولو كان من أحدهما دراهم ومن الآخر عروض فالحيلة فى جوازه أن يبيع صاحب العروض نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه ويتقابضا ويخلطا جميعا حتى تصير الدراهم بينهما والعروض بينهما ثم يعقدان عليهما عقد الشركة فيجوز وأما التبر فهل يصلح رأس مال الشركة ذكر فى كتاب الشركة وجعله كالعروض وفى كتاب الصرف جعله كالاثمان المطلقة لانه قال فيه اذا اشترى به فهلك لا ينفسخ العقد والامر فيه موكول الى تعامل الناس فان كانوا يتعاملون به فحكمه حكم الاثمان المطلقة فتجوز الشركة بها وان كانوا لا يتعاملون بها فحكمها حكم العروض ولا تجوز فيها الشركة (وأما) الفلوس فان كانت كاسدة فلا تجوز الشركة ولا المضاربة بها لانها عروض وان كانت نافقة فكذلك فى الرواية المشهورة عن أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد تجوز والكلام فيها مبنى على أصل وهو ان الفلوس الرائجة ليست أثمانا على كل حال عند أبى حنيفة وأبى يوسف لانها تتعين بالتعيين فى الجملة وتصير مبيعا باصطلاح العاقدين حتى جاز بيع الفلس بالفلسين بأعيانها عندهما فاما اذا لم تكن أثمانا مطلقة لاحتمالها التعيين بالتعيين فى الجملة فى عقود المعاوضات لم تصلح رأس مال الشركة كسائر العروض وعند محمد الثمنية لازمة للفلوس النافقة فكانت من الاثمان المطلقة ولهذا أبى جواز بيع الواحد منها باثنين فتصلح رأس مال الشركة كسائر الاثمان المطلقة من الدراهم والدنانير وروى عن أبى يوسف أنه تجوز الشركة بالفلوس ولا تجوز المضاربة ووجهه ان المانع من جواز المضاربة جهالة الربح عند القسمة على تقدير الكساد لانه لا بد من تعيين رأس المال عند القسمة فاذا كسدت صار رأس المال قيمة والقيمة مجهولة لانها تعرف بالحزر والظن وهذا المعنى لا يوجد

فى الشركة لانهما عند الكساد يأخذ ان رأس المال عدد الاقيمة فكان الربح معلوما (وأما) الشركة بالمكيلات والموزونات التى ليست بأثمان مطلقة والعدديات المتقاربة التى لا تتفاوت فلا تجوز قبل الخلط فى قولهم جميعا لانها انما تتعين بالتعيين اذا كانت عينا فكانت كالعروض ولان الوكالة التى تتضمنها الشركة فيها لا تصح قبل الخلط ألا يرى انه لو قال آخر قبل الخلط بع حنطتك على أن يكون ثمنها بيننا لم يجز وسواء كانت الشركة من جنسين أو من جنس واحد وأما بعد الخلط فان كانت الشركة فى جنسين مختلفين لا تجوز فى قولهم جميعا لان الحنطة اذا خلطت بالشعير خرجت من أن تكون ثمنا بدليل ان مستهلكها يضمن قيمتها لا مثلها وان كانت من جنس واحد فكذلك عند أبى يوسف لا تصح وانما تصير شركة ملك وعند محمد تصح الشركة فيها بعد الخلط وفائدة الاختلاف تظهر فيما اذا كان المكيل نصفين وشرطا الربح أثلاثا فخلطاه واشترايا به فعلى قول أبى يوسف الربح بينهما على قدر المالين نصفين وعلى قول محمد على ما شرطا فقول أبى يوسف مطرد على الاصل الذى ذكرنا ان المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة ليست أثمانا على كل حال بل تكون تارة ثمنا وتارة مبيعا لانها تتعين بالتعيين فى الجملة فكانت كالفلوس (ووجه) التخريج لمحمد ان معنى الوكالة التى تتضمنها الشركة ثابت بعد الخلط فاشبهت الدراهم والدنانير بخلاف ما قبل الخلط لان الوكالة التى من مقتضيات الشركة لا يصح فيها قبل الخلط والحيلة فى جواز الشركة بالمكيلات وسائر الموزونات والعدديات المتقاربة على قول أبى يوسف أن يخلطا حتى تصير شركة ملك بينهما ثم يعقدا عليها عقد الشركة فيجوز عنده أيضا (ومنها) أن يكون رأس مال الشركة عينا حاضرا لا دينا ولا مالا غائبا فان كان لا تجوز عنانا كانت أو مفاوضة لان المقصود من الشركة الربح وذلك بواسطة التصرف ولا يمكن فى الدين ولا المال الغائب فلا يحصل المقصود وانما يشترط الحضور عند الشراء لا عند العقد لان عقد الشركة يتم بالشراء فيعتبر الحضور عنده حتى لو دفع الى رجل ألف درهم فقال له اخرج مثلها واشتر بهما وبع فما ربحت يكون بيننا فأقام المأمور البينة انه فعل ذلك جاز وان لم يكن المال حاضرا من الجانبين عند العقد لما كان حاضرا عند الشراء وهل يشترط خلط المالين وهو خلط الدراهم بالدنانير أو الدنانير بالدراهم قال أصحابنا الثلاثة لا يشترط وقال زفر يشترط وبه أخذ الشافعى رحمه الله وعلى هذا الاصل يبنى ما اذا كان المالان من جنسين بان كان لاحدهما دراهم وللآخر دنانير ان الشركة جائزة عندنا خلافا لهما وكذلك اذا كانا من جنس واحد لكن بصفتين مختلفتين كالصحاح مع المكسرة أو كانت دراهم أحدهما بيضاء والآخر سوداء وعلة ذلك فى شركة العنان فهو على هذا الخلاف وروى عن زفر ان الخلط شرط فى المفاوضة لا فى العنان ولكن الطحاوى ذكر انه شرط فيهما عند زفر (وجه) قوله ان الشركة تنبئ عن الاختلاط والاختلاط لا يتحقق مع تميز المالين فلا يتحقق معنى الشركة ولان من أحكام الشركة ان الهلاك يكون من المالين وما هلك قبل الخلط من أحد المالين يهلك من مال صاحبه خاصة وهذا ليس من مقتضى الشركة (ولنا) ان الشركة تشتمل على الوكالة فما جاز التوكيل به جازت الشركة فيه والتوكيل جائز فى المالين قبل الخلط كذا الشركة (وأما) قوله الشركة تنبئ عن الاختلاط فمسلم لكن على اختلاط رأسى المال أو على اختلاط الربح فهذا مما لا يتعرض له لفظ الشركة فيجوز أن يكون تسميته شركة لاختلاط الربح لا لاختلاط رأس المال واختلاط الربح يوجد وان اشترى كل واحد منهما بمال نفسه على حدة لان الزيادة وهى الربح تحدث على الشركة (وأما) ما هلك من أحد المالين قبل الخلط فانما كان من نصيب صاحبه خاصة لان الشركة لا تتم الا بالشراء فما هلك قبله هلك قبل تمام الشركة فلا تعتبر حتى لو هلك بعد الشراء باحدهما كان الهالك من المالين جميعا لانه هلك بعد تمام العقد (وأما) تسليم رأس مال كل واحد منهما الى صاحبه وهو التخلية بين ماله و بين صاحبه فليس بشرط فى العنان والمفاوضة جميعا وانه شرط لصحة المضاربة والفرق بينهما يذكر فى كتاب المضاربة (ومنها) ما هو مختص بالمفاوضة وهو أن يكون لكل من الشريكين أهلية الكفالة بان يكونا حرين عاقلين لان من أحكام المفاوضة ان كل ما يلزم لاحدهما من حقوق ما يتجران فيه يلزم

الاخر

الآخر ويكون كل واحد منهما فيما وجب على صاحبه بمنزلة الكفيل عنه لما نذكر فلابد من أهلية الكفالة وشرائط أهلية الكفالة تطلب من كتاب الكفالة (ومنها) المساواة في رأس المال قدرا وهي شرط صحة المفاوضة بلا خلاف حتى لو كان المالان متفاضلين قدرا لم تكن مفاوضة لان المفاوضة تنبئ عن المساواة فلابد من اعتبار المساواة فيما أمكن وكذا قيمة في الرواية المشهورة حتى لو كان أحدهما صحاحا والآخر مكسرة أو كان أحدهما ألفا بيضاء والآخر ألفا سوداء او بينهما فضل قيمة في الصرف لم تجز المفاوضة في الرواية المشهورة لان زيادة القيمة بمنزلة زيادة الوزن فلا تثبت المساواة التي هي من مقتضى العقد وروى اسمعيل بن حماد عن أبي يوسف ان احدى الالفين اذا كانت أفضل من الاخرى جاز وكانت مفاوضة لان الجودة في أموال الربا لا قيمة لها شرعا عند مقابلتها بجنسها فسقط اعتبار الجودة فصار كانهما على صفة واحدة وهل تشترط المجانسة في رأس المال بان يكون كل واحد منهما دراهم أو يكون كل واحد منهما دنانير فعلى الرواية المشهورة لا تشترط حتى لو كان أحدهما دراهم والآخر دنانير جازت المفاوضة في الرواية المشهورة بعد ان استويا في القيمة ولا خلاف في انهما اذا لم يستويا في القيمة لم تكن مفاوضة وروى عن أبي حنيفة عليه الرحمة انه لا تكون مفاوضة وان استويا في القيمة (وجه) هذه الرواية ان عند اختلاف الجنس لا تعرف المساواة بينهما في القيمة لان القيمة تعرف بالحزر والظن وتختلف باختلاف المقومين فلا تعرف بالمساواة والصحيح هو الرواية المشهورة لانهما من جنس الأثمان فكانت المجانسة ثابتة في الثمنية (ومنها) أن لا يكون لاحد المتفاوضين ما تصح فيه الشركة ولا يدخل في الشركة فان كان لم تكن مفاوضة لان ذلك يمنع المساواة وان تفاضلا في الاموال التي لا تصح فيها الشركة كالعروض والعقار والدين جازت المفاوضة وكذا المال الغائب لان مالا تنعقد عليه الشركة كان وجوده والعدم بمنزلة وكان التفاضل فيه كالتفاضل في الازواج والاولاد (ومنها) المساواة في الربح في المفاوضة فان شرطا التفاضل في الربح لم تكن مفاوضة لعدم المساواة (ومنها) العموم في المفاوضة وهو أن يكون في جميع التجارات ولا يختص أحدهما بتجارة دون شريكه لما في الاختصاص من ابطال معنى المفاوضة وهو المساواة وعلى هذا يخرج قول أبي حنيفة ومحمد عليهما الرحمة انه لا تجوز المفاوضة بين المسلم و بين الذمي لان الذمي يختص بتجارة لا يجوز ذلك للمسلم وهي التجارة في الخمر والخنزير فلم يستويا في التجارة فلا يتحقق معنى المفاوضة وعند أبي يوسف يجوز لاستوائهما في أهلية الوكالة والكفالة وتجوز مفاوضة الذميين لاستوائهما في التجارة (وأما) مفاوضة المسلم والمرتد فذكر الكرخي انها غير جائزة وكذا روى عيسى بن أبان عن أبي حنيفة رحمهم الله لان تصرفات المرتد متوقفة عنده لوقوف أملاكه فلا يساوى المسلم في التصرف فلا تجوز كما لا تجوز بين المسلم والذمي وذكر محمد في الاصل وقال قياس قول أبي يوسف انه يجوز يعني قياس قوله في الذمي ولابي يوسف انه يفرق بينهما من حيث ان ملك المرتد ناقص لكونه على شرف الزوال ألا ترى ان قاضيا لو قضى ببطلان تصرفه و زوال ملكه ينفذ قضاؤه واذا كان ناقص الملك والتصرف نزل منزلة المكاتب بخلاف الذمي ولو فاوض مسلم مرتدة ذكر الكرخي انها لا تجوز وقال القدوري رحمه الله وهو ظاهر على أصل أبي حنيفة ومحمد لان الكفر عندهما يمنع انعقاد المفاوضة بين المسلم والكافر (وأما) أبو يوسف فالكفر عنده غير مانع وانما المانع نقصان الملك والتصرف وهذا لا يوجد في المرأة وأما مفاوضة المرتدين أو شركتهما شركة العنان فذلك موقوف عند أبي حنيفة على ما أصله في عقود المرتد انها موقوفة فان أسلما جاز عقدهما وان قتلا على ردتهما أو ماتا أو لحقا بدار الحرب بطل (وأما) على قولهما فشركة العنان جائزة لان عقودهما نافذة (وأما) مفاوضتهما فقد ذكر القدوري رحمه الله وقال ينبغي أن لا يجوز أما عند أبي يوسف فلان نقصان الملك يمنع المفاوضة كالمكاتب وملكهما ناقص لما ذكرنا فصارا كالمكاتبين (وأما) عند محمد فلان المرتد عنده بمنزلة المريض مرض الموت وكفالة المريض مرض الموت لا تصح الا من الثلث والمفاوضة تقتضي جواز الكفالة على الاطلاق وان شارك مسلم مسلما ثم ارتد أحدهما فان قتل أو مات أو لحق بدار الحرب بطلت الشركة وان رجع قبل ذلك فهما

على الشركة لانه اذا قتل أو مات أو لحق بدار الحرب زالت أملاكه عند أبي حنيفة من حين ارتد فكانه مات فبطلت شركته وان أسلم فقد زال التوقف وجعل كان الردة لم تكن ولهذا قال أبو حنيفة ان المرتد منهما اذا أقر ثم قتل لم يلزم اقراره شريكه لان الملك يحكم بزواله من وقت الردة فقد أقر بعد بطلان الشركة (وأما) على قولهما فاقراره جائز على شريكه وكذا بيعه وشراؤه لان الشركة عندهما انما بطلت بالقتل أو باللحاق فكانت باقية قبل ذلك فنفذ تصرفه واقراره ويكره للمسلم ان يشارك الذمي لانه يباشر عقودا لا تجوز في الاسلام فيحصل كسبه من محظور فيكره ولهذا كره توكيل المسلم الذمي ولو شاركه شركة عنان جاز كما لو وكله (ومنها) لفظ المفاوضة في شركة المفاوضة كذا روى الحسن عن أبي حنيفة انه لا تصح شركة المفاوضة الا بلفظ المفاوضة وهو قول أبي يوسف ومحمد لان للمفاوضة شرائط لا يجمعها الا لفظ المفاوضة أو عبارة أخرى تقوم مقامها والعوام قلما يقفون على ذلك وهذه العقود في الاعم الاغلب تجري بينهم فان كان العاقد ممن يقدر على استيفاء شرائطها بلفظ آخر يصح وان لم يذكر لفظها لان العبرة في العقود لمعانيها لا عين الالفاظ وفي كل موضع فقد شرط من الشروط بالمفاوضة كانت الشركة عنانا لان المفاوضة تضمنت العنان وزيادة فبطلان المفاوضة لا يوجب بطلان العنان ولان فقد شرط في عقد انما يوجب بطلانه اذا كان العقد ما يقف صحته عليه ولا يقف صحة العنان على هذه الشرائط ففقدها لا يوجب بطلانه (وأما) شركة العنان فلا يراعى لها شرائط المفاوضة فلا يشترط فيها أهلية الكفالة حتى تصح ممن لا تصح كفالته من الصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب ولا المساواة بين رأسي المال فيجوز مع تفاضل الشريكين في رأس المال ومع أن يكون لاحدهما مال آخر يجوز عقد الشركة عليه سوى رأس ماله الذي شاركه صاحبه فيه ولا أن يكون في عموم التجارات بل يجوز عاما وهو أن يشتركا في عموم التجارات وخاصا وهو أن يشتركا في شيء خاص كالبز والخز والرقيق والثياب ونحو ذلك لان اعتبار هذه الشرائط في المفاوضات لدلالة اللفظ عليها وهو معنى المساواة ولم يوجد في العنان ولا لفظة المفاوضة لان اعتبارها في المفاوضة لدلالتها على شرائط مختصة بالمفاوضة ولم يشترط في العنان فلا حاجة الى لفظة المفاوضة ولا الى لفظة العنان أيضا لان كل أحد يقدر على لفظ يؤدي معناه بخلاف المفاوضة ولا المساواة في الربح فيجوز متفاضلا ومتساويا لما قلنا والاصل ان الربح انما يستحق عندنا اما بالمال واما بالعمل واما بالضمان أما ثبوت الاستحقاق بالمال فظاهر لان الربح نماء رأس المال فيكون لمالكه ولهذا استحق رب المال الربح في المضاربة واما بالعمل فان المضارب يستحق الربح بعمله فكذا الشريك وأما بالضمان فان المال اذا صار مضمونا على المضارب يستحق جميع الربح ويكون ذلك بمقابلة الضمان خراجا بضمان بقول النبي عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان فاذا كان ضمانه عليه كان خراجه له والدليل عليه ان صانعا تقبل عملا بأجر ثم لم يعمل بنفسه ولكن قبله لغيره بأقل من ذلك طاب له الفضل ولا سبب لاستحقاق الفضل الا الضمان فثبت ان كل واحد منهما سبب صالح لاستحقاق الربح فان لم يوجد شيء من ذلك لا يستحق بدليل ان من قال لغيره تصرف في ملكك على ان لي بعض ربحه لم يجز ولا يستحق شيأ من الربح لانه لا مال ولا عمل ولا ضمان اذا عرف هذا فنقول اذا شرطا الربح على قدر المالين متساويا أو متفاضلا فلا شك انه يجوز ويكون الربح بينهما على الشرط سواء شرطا العمل عليهما أو على أحدهما والوضيعة على قدر المالين متساويا ومتفاضلا لان الوضيعة اسم لجزء هالك من المال فيتقدر بقدر المال وان كان المالان متساويين فشرطا لاحدهما فضلا على ربح ينظر ان شرطا العمل عليهما جميعا جاز والربح بينهما على الشرط في قول أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يجوز أن يشترط لاحدهما أكثر من ربح ماله وبه أخذ الشافعي رحمه الله ولا خلاف في شركة الملك ان الزيادة فيها تكون على قدر المال حتى لو شرط الشريكان في ملك ماشية لاحدهما فضلا من أولادها وألبانها لم تجز بالاجماع والكلام بيننا وبين زفر بناء على أصل وهو ان الربح عنده لا يستحق الا بالمال لانه نماء الملك فيكون على قدر المال كالاولاد والالبان (وأما) عندنا فالربح تارة يستحق بالمال وتارة بالعمل وتارة بالضمان على ما بينا وسواء عملا جميعا أو عمل أحدهما دون الآخر فالربح بينهما يكون على

الشرط لان استحقاق الربح فى الشركة بالاعمال بشرط العمل لا بوجود العمل بدليل ان المضارب اذا استعان برب المال استحق الربح وان لم يوجد منه العمل لوجود شرط العمل عليه والوضيعة على قدر المالين لما قلنا وان شرطا العمل على أحدهما فان شرطاه على الذى شرطا له فضل الربح جاز والربح بينهما على الشرط فيستحق ربح رأس ماله بماله والفضل بعمله وان شرطاه على أقلهما ربحا لم يجز لان الذى شرطا له الزيادة ليس له فى الزيادة مال ولا عمل ولا ضمان وقد بينا ان الربح لا يستحق الا بأحد هذه الاشياء الثلاثة وان كان المالان متفاضلين وشرطا التساوى فى الربح فهو على هذا الخلاف ان ذلك جائز عند أصحابنا الثلاثة اذا شرطا العمل عليهما وكان زيادة الربح لاحدهما على قدر رأس ماله بعمله وانه جائز وعلى قول زفر لا يجوز ولا بد أن يكون قدر الربح على قدر رأس المالين عنده وان شرطا العمل على أحدهما فان شرطاه على الذى رأس ماله أقل جاز ويستحق قدر ربح ماله بماله والفضل بعمله وان شرطاه على صاحب الاكثر لم يجز لان زيادة الربح فى حق صاحب الاقل لا يقابلها مال ولا عمل ولا ضمان (وأما) العلم بمقدار رأس المال وقت العقد فليس بشرط لجواز الشركة بالاموال عندنا وعند الشافعى رحمه الله شرط (وجه) قوله ان جهالة قدر رأس المال تؤدى الى جهالة الربح والعلم بمقدار الربح شرط جواز هذا العقد فكان العلم بمقدار رأس المال شرطا (ولنا) ان الجهالة لا تمنع جواز العقد لعينها بل لافضائها الى المنازعة وجهالة رأس المال وقت العقد لا تفضى الى المنازعة لانه يعلم مقداره ظاهرا وغالبا لان الدراهم والدنانير توزن وقت الشراء فيعلم مقدارها فلا يؤدى الى جهالة مقدار الربح وقت القسمة (وأما) الشركة بالاعمال فاما المفاوضة منها (فمن) شرائطها أهلية الكفالة (ومنها) التساوى فى الاجر (ومنها) مراعاة لفظ المفاوضة لما ذكرنا فى الشركة بالاموال اما العنان منها فلا يشترط لها شئ من ذلك وانما تشترط أهلية التوكيل فقط كذا روى أبو يوسف عن أبى حنيفة رحمهما الله انه قال ما تجوز فيه الوكالة تجوز فيه الشركة وما لا تجوز فيه الوكالة لا تجوز فيه الشركة وعلى هذا تخرج الشركة بالاعمال فى المباحات من الصيد والحطب والحشيش فى البرارى وما يكون فى الجبال من الثمار وما يكون فى الارض من المعادن وما أشبه ذلك بان اشتركا على أن يصيدا أو يحتطبا أو يحتشا أو يستقيا الماء ويبيعانه على ان ما أصاب من ذلك فهو بينهما ان الشركة فاسدة لان الوكالة لا تنعقد على هذا الوجه ألا ترى انه لو وكل رجلا ليعمل له شيأ من ذلك لا تصح الوكالة كذا الشركة فان تشاركا فأخذ كل واحد منهما شيأ من ذلك منفردا كان المأخوذ ملكا له لان سبب ثبوت الملك فى المباحات الاخذ والاستيلاء وكل واحد منهما انفرد بالاخذ والاستيلاء فينفرد بالملك وان أخذاه جميعا معا كان المأخوذ بينهما نصفين لاستوائهما فى سبب الاستحقاق فيستويان فى الاستحقاق فان أخذ كل واحد منهما على الانفراد ثم خلطاه وباعاه فان كان مما يكال أو يوزن يقسم الثمن بينهما على قدر الكيل والوزن وان كان مما لا يكال ولا يوزن قسم الثمن بينهما بالقيمة يضرب كل واحد منهما بقيمة الذى له لان المكيل والموزون من الاشياء المتماثلة فتمكن قسمة الثمن بينهما على قدر الكيل والوزن فاما غير المكيل والموزون من الاشياء المتفاوتة فلا يمكن قسمة الثمن على عينها فيقسم على قيمتها وان لم يعلم الكيل والوزن والقيمة يصدق كل واحد منهما فيما يدعيه الى النصف من ذلك مع اليمين على دعوى صاحبه لان الشئ فى أيديهما واليد دليل الملك من حيث الظاهر والتساوى فى دليل الملك يوجب التساوى فى الملك فان ادعى أكثر من النصف لا يقبل قوله الا ببينة فان عمل أحدهما وأعانه الآخر فى عمله بالجمع والربط فذلك كله للعامل ولا شئ للمعين لوجود السبب من العامل دون المعين وللمعين أجر مثله لا يجاوز به قدر المسمى له من النصف والثلث ونحو ذلك فى قول أبى يوسف وقال محمد له أجر مثله بالغا ما بلغ (اما) وجوب أجر المثل للمعين فلانه استوفى منفعته بعقد فاسد وانه يوجب أجر المثل ثم قال أبو يوسف لا يجاوز به قيمة ما سمى وقاسه على سائر الاجارات الفاسدة لانه لا يزاد على المسمى هناك كذا ههنا والجامع بينهما انه رضى بانه لا يكون له زيادة على المسمى فلا يستحق وصار كمن قال لرجل بع هذا الثوب على ان لك نصف ثمنه فباعه كان له أجر المثل لا يجاوز به نصف الثمن كذا هذا وفرق محمد بين هذا وبين سائر

الاجارات الفاسدة بان المسمى هناك قدر معلوم من الاجرة فكان الرضا به اسقاطاً لما زاد عليه والمسمى هنا ليس بمعلوم بل هو معدوم لانه ماسمى الا نصف الحطب أو ثلثه والرضا بغير المعلوم لا يتحقق فلم تكن هذه التسمية مسقطة الزيادة على المسمى من أجر مثله وعلى هذا الاختلاف المضاربة الفاسدة اذا ربح المضارب فيها ان له أجر مثله لا يتجاوز به المسمى من الربح فى قول أبى يوسف وان لم يكن له ربح فلا شئ له وعند محمد له أجر مثله بالغاً ما بلغ ربح أو لم يربح وستأتى المسئلة فى كتاب المضاربة ولو ان رجلاً أجلس فى دكانه رجلاً يطرح عليه العمل بالنصف فالقياس ان لا تجوز هذه الشركة لانها شركة العروض لان من أحدهما العمل ومن الآخر الحانوت والحانوت من العروض وشركة العروض غير جائزة وفى الاستحسان جائزة لان هذه شركة الاعمال لانها شركة التقبل وتقبل العمل من صاحب الحانوت عمل وشركة الاعمال جائزة بلا خلاف بين أصحابنا لان مبناها على الوكالة والوكالة على هذا الوجه جائزة بان يوكل خياط أو قصار وكيلا يتقبل له عملا الخياطة والقصارة وكذا يجوز لكل صانع يعمل بأجر أن يوكل وكيلا يتقبل العمل فان كان لهما كلب فارسلاه جميعاً كان ما أصاب بينهما لاستوائهما فى سبب الاستحقاق ولو كان الكلب لاحدهما وكان فى يده فارسلاه جميعاً فما أصاب الكلب فهو لصاحبه خاصة لان ارسال الاجنبى لا عبرة به مع ارسال المالك فكان ملحقاً بالعدم كان المالك أرسله وحده وان كان لكل واحد منهما كلب فأرسل كل واحد منهما كلبه فأصابا صيداً واحداً كان بينهما نصفين لانهما تساويا فى سبب الاستحقاق وان أصاب كلب كل واحد منهما صيداً على حدة كان له خاصة لانه ملكه بفعله فاختص به وعلى هذا يخرج ما اذا اشترك رجلان ولاحدهما بغل وللآخر بعير على أن يؤاجرا ذلك فما رزق الله تعالى من شئ فهو بينهما فآجراهما بأجر معلوم فى عمل معلوم وحمل معلوم ان هذه الشركة فاسدة ويقسم الاجر بينهما على مثل أجر البغل ومثل أجر البعير اما فساد الشركة فلان الوكالة على هذا الوجه لا تصح ألا ترى ان من قال لآخر أجر بعيرك على أن تكون الاجرة بيننا لا تصح الوكالة كذا الشركة ولان الشركة لا تصح فى أعيان الحيوان فكذا فى منافعها وأما قسمة الاجر بينهما على مثل أجر البغل ومثل أجر البعير فلان الشركة اذا فسدت فالاجارة صحيحة لانها وقعت على منافع معلومة ببدل معلوم ومن حكم الاجرة أن تقسم على قيمة المنافع كما يقسم الثمن على قيمة المبيعين المختلفين وان لم يؤاجرا البغل والبعير ولكنهما تقبلا حمولة معلومة ببدل معلوم فحملا الحمولة على ذلك فالاجر بينهما نصفين لان هذه شركة العمل لان الحمل صار مضموناً عليهما بالعقد بمنزلة عمل الخياطة والقصارة فكان البدل بينهما على قدر الضمان وقد تساويا فى الضمان فيتساويا فى الاجرة ولا عبرة بزيادة حمل البعير على البغل كما لا عبرة بكثرة عمل أحد الشريكين فى شركة الصنائع لان البدل يقابل الضمان والبغل والبعير هنا آلة ايفاء العمل ولو آجر البعير بعينه كانت أجرته لصاحبه لا لصاحب البغل وكذا اذا آجر البغل بعينه كانت الاجرة لصاحب البغل لا لصاحب البعير لان العقد وقع على منافع البعير والبغل باذن مالكهما فكانت الاجرة له فان كان الآجر أعانه على الحمولة والنقل لان كان للذى أعانه أجر مثله لانه استوفى منفعة شريكه بعقد فاسد ثم عند أبى يوسف لا يجاوز به نصف الاجر الذى آجر به فى قول أبى يوسف وقال محمد له أجر مثله بالغاً ما بلغ على ما ذكرنا فى شركة الاحتطاب قصاران لاحدهما أداة القصارة وللآخر بيت اشتركا على أن يعملا بأداة هذا فى بيت هذا على ان الكسب بينهما نصفان كان ذلك جائزاً وكذلك الصاغة والخياطون والصباغون لان الاجر هنا بدل عن العمل لا عن الآلة وقد صار العمل مضموناً عليهما فكان بدله لهما وكان أحدهما معيناً للآخر بنصف الآلة والآخر معيناً له بنصف الدكان وهو نظير المسئلة المتقدمة وهى ان يتقبلا حمولة ويحملاها على دابتهما ولو اشتركا ولاحدهما دابة وللآخر اكاف وجوالقان على ان يؤاجرا الدابة على ان أجرهما بينهما نصفين كانت الشركة فاسدة وأجر الدابة لصاحبها وللآخر معه أجر مثله فى قولهم جميعاً اما فساد الشركة فلما ذكرنا ان الوكالة على هذا الوجه لا تصح كذا الشركة واما الاجر فلانه بدل منافع الدابة فكانت لصاحبها وقد استوفى منافع آلة الآخر بعقد فاسد فكان عليه أجر مثلها

ولو

ولو دفع دابة الى رجل ليؤاجرها على ان الاجر بينهما كان ذلك فاسدا والاجر لصاحب الدابة وللاجر أجر مثله وكذلك السفينة والبيت لان الوكالة على هذا الوجه لا تصح فلا تصح الشركة والاجر لصاحب الدابة لان العاقد عقد على ملك غيره بأمره وللرجل أجر مثله لان صاحب الدابة استوفى منافعها بعقد فاسد ولو كان دفع اليه الدابة ليبيع عليها الطعام على ان الربح بينهما نصفان كان فاسدا والربح لصاحب المتاع ولصاحب الدابة أجر مثلها وكذا البيت لان الكسب حصل بعمله وقد استوفى منفعة الدابة بعقد فاسد فكان عليه أجرها ولا يشترط لصحة هذه الشركة اتفاق العمل ويجوز ان اتفقت أعمالها أو اختلفت كالخياط مع القصار ونحو ذلك وهذا قول أصحابنا وقال زفر لا تجوز هذه الشركة الا عند اتفاق الصنعة كالقصارين والخياطين بناء على ان الشركة تجوز بالمالين المختلفين عندنا كذا بالعملين المختلفين وعنده لا تجوز بالمالين المختلفين فكذا بالعملين المختلفين والصحيح قولنا لان استحقاق الاجر في هذه الشركة بضمان العمل والعمل مضمون عليهما اتفق العملان أو اختلفا والله عز وجل أعلم (وأما) الشركة بالوجوه فشرط المفاوضة منها أن يكونا من أهل الكفالة (ومنها) أن يكون الثمن بمشترك على كل واحد منهما نصفه وان يكون المشترى بينهما نصفين وان يكون الربح بينهما نصفين (ومنها) أن يتلفظا بلفظ المفاوضة لما فصلنا فيما تقدم بتمامه (وأما) شركة العنان منها فلا يشترط لها أهلية الكفالة ولا المساواة بينهما في ملك المشترى حتى لو اشتركا بوجوههما على أن يكون ما اشتريا أو أحدهما بينهما نصفين أو أثلاثا أو أرباعا وكيف ما شرطا على التساوي والتفاضل كان جائزا وضمان ثمن المشترى بينهما على قدر ملكهما في المشترى والربح بينهما على قدر الضمان فان شرط الاحدهما فضل ربح على حصته من الضمان فالشرط باطل ويكون الربح بينهما على قدر ضمانهما ثمن المشترى لان الربح في هذه الشركة انما يستحق بالضمان فيتقدر بقدر الضمان فاذا شرط لاحدهما أكثر من حصته من الضمان ونصيبه من الملك فهو شرط ملك من غير ربح ولا ضمان فلا يجوز فان قيل الربح كما يستحق بالملك والضمان يستحق بالعمل فجاز أن يستحق زيادة الربح بزيادة العمل كالمضارب والشريك شركة العنان فالجواب ان هذا مسلم اذا كان العمل في مال معلوم كما في المضاربة وشركة العنان ولم يوجد هنا فلا يستحق كمن قال لآخر ادفع اليك ألفا مضاربة على أن تعمل فيها بالنصف ولم يعين الالف انه لا تجوز المضاربة لانه لم يشترط العمل في مال معين

﴿ فصل ﴾ وأما حكم الشركة فاما شركة الاملاك فحكمها في النوعين جميعا واحد وهو ان كل واحد من الشريكين كأنه أجنبي في نصيب صاحبه لا يجوز له التصرف فيه بغير اذنه لان المطلق للتصرف الملك أو الولاية ولا لكل واحد منهما في نصيب صاحبه ولاية بالوكالة أو القرابة ولم يوجد شئ من ذلك وسواء كانت الشركة في العين أو الدين لما قلنا ولو كان بين رجلين دين على رجل من ثمن عبد باعاه اما بألف درهم أو ألف بينهما أقرضاه اياه أو استهلك الرجل عليهما شيأ قيمته ألف درهم أو ورثادينا لرجل واحد عليه فقبض أحدهما نصيبه أو بعض نصيبه فللآخر أن يشاركه فيأخذ منه نصف ما قبضه والاصل في هذا ان الدين المشترك الثابت للشريكين بسبب واحد اذا قبض أحدهما شيأ منه فللآخر أن يشاركه في المقبوض لان المقبوض مقبوض من النصيبين اذ لو جعل لاحدهما لكان ذلك قسمة الدين قبل القبض وانه غير جائز لان معنى القسمة وهو التمييز لا يتحقق فيما في الذمة فلا يتصور فيه القسمة ولهذا لم تصح قسمة العين من غير تمييز كصبرة من طعام بين شريكين قال أحدهما لصاحبه خذ منها لك هذا الجانب ولي هذا الجانب لا يجوز لانعدام التمييز فاذا لم يصح في العين من غير تمييز ففي الدين أولى ولان القسمة فيها معنى التمليك لان ما من جزأين الا وأحدهما ملكه والآخر ملك صاحبه فكان نصيب كل واحد منهما بعد القسمة بعض ملكه وبعضه عوضا عن ملكه فكان قسمة الدين تمليك الدين من غير من عليه الدين وانه غير جائز فجعل المقبوض من النصيبين جميعا لئلا يؤدي الى ما قلنا وكان له أن يأخذ نصف ما قبضه صاحبه بعينه ليس للقابض أن يمنعه عنه بأن يقول أنا أعطيك مثل نصف الدين لان نصف المقبوض مقبوض عن نصيبه فكان عين حقه فلا يملك القابض منعه وسواء كان

المقبوض مثل حقه أو أجود أو أردأ أما اذا كان أجود من حقه فلان الجودة لا عبرة بها في الجنس الواحد ألا ترى ان من عليه الردىء اذا أعطى الجيد يجبر صاحب الدين على القبول فكان قبضه قبضاً لعين الحق وان كان أردأ فقبض الردىء عن الجيد جائز لانه من جنس حقه وما قبض الشريك من شريكه يكون قدر ذلك للقابض ديناً على الغريم ويكون ما على الغريم بينهما على قدر ذلك من الدين حتى لو كان الدين ألف درهم بينهما فقبض أحدهما خمسمائة فجاء الشريك فأخذ نصفها كان للقابض ما بقى له على الغريم وذلك مائتان وخمسون وتكون الشركة باقية في الدين كما كانت لانه لما أخذ شريكه نصف المقبوض انتقض قبضه في نصف ما قبض وبقى الباقى من دينه على حاله فان أخرجه القابض عن يده بان وهبه أو باعه أو قضى ديناً عليه أو استهلكه بوجه من الوجوه فلشريكه أن يضمنه نصف ما قبض لانه أتلف عليه ما قبضه من نصيبه فكان له أن يضمنه فان لم يقبض أحد الشريكين شيأ ولكن أبرأ الغريم من حصته جازت البراءة ولا يضمن لشريكه شيأ لانه لم يقبض شيأ من الدين بل أتلف حصته لا غير فلا يضمن فان أبرأه أحدهما عن مائة درهم ثم خرج من الدين شىء اقتسماه بينهما على قدر مال كل واحد منهما على الغريم فيكون المقبوض بينهما على تسعة أسهم لان أحدهما لما أبرأ الغريم من مائة درهم بقى له من الدين أربعمائة ولشريكه خمسمائة فيضربان في قدر المقبوض بتسعة أسهم وكذلك اذا كانت البراءة بعد القبض قبل أن يقتسما لان القسمة تقع على قدر حقهما فان اقتسما المقبوض نصفين ثم أبرأ أحدهما الغريم من مائة درهم فالقسمة ماضية ولا ينقض ابراؤه بعد القسمة شيأ مما اقتسماه لانهما اقتسما وملكهما سواء فزوال المساواة بعد ذلك لا يقدح في القسمة ولو لم يقبض أحدهما شيأ ولكن اشترى بنصيبه ثوبا من الغريم فللشريك أن يضمنه نصف ثمن الثواب ولا سبيل له على الثوب لانه انما اشترى الثوب بثمن في ذمة الغريم لا بماله في ذمة الغريم لانه كما اشترى وجب ثمن الثوب في ذمته وله في ذمة الغريم مثله فصار ما في ذمته قصاصا بدينه فصار كانه قبض نصف الدين فلا يكون له على الثوب سبيل فان اجتمعا جميعا على الشركة في الثوب فهو جائز لانه قد وجب عليه نصف ثمنه فاذا سلم له نصفه بذلك ورضى شريكه به صار كانه باع نصف الثوب منه فان لم يشتر بحصته شيأ ولكن صالحه من حقه على ثوب وقبضه ثم طالبه شريكه بما قبض فان القابض بالخيار ان شاء سلم اليه نصف الثوب وان شاء أعطاه مثل نصف حقه من الدين والخيار في ذلك الى القابض لان الصلح لم يوجب شيأ على المصالح لانه عقد تبرع بمنزلة الهبة والابراء بخلاف الشراء الا أنه قبض ثوبا عن الدين المشترك فكان له أن يسلم نصفه الى الشريك وله ان يقول أنا أعطيك نصف حقك من الدين لانه لا حق لك فيما زاد على ذلك وللشريك في هذه الوجوه كلها أن يسلم للشريك ما قبضه ويرجع بدينه على الغريم لان من حجته أن يقول دينى قد ثبت عليك بعقد المداينة فتسليمك الى غيرى لا يسقط مالى في ذمتك فان سلم للشريك ما قبض ثم توى الذى على الغريم فله أن يرجع على الشريك ويكون الحكم في هذه الوجوه كلها كالحكم فيما اذا لم يسلم الا وجها واحدا وهو أنه اذا أراد أن يأخذ من يد صاحبه بعد ما قبض من الدراهم بعينها لم يكن له ذلك ولصاحبه أن يمنعه عنها ويعطيه مثلها لان المقبوض في الاصل كان عن حق مشترك وانما سلم به الشريك المقبوض للقابض ليسلم له ما في ذمة الغريم فاذا لم يسلم بقى حقه في المقبوض كما كان الا أنه ليس له في هذا الوجه ان يرجع الى عين تلك الدراهم لانه أسقط حقه عن عينها بالتسليم حيث أجاز تملك القابض لها فسقط حقه عن عينها وانما تجدد له ضمان آخر بتواء ماله فثبت ذلك في ذمة القابض كسائر الديون فان أخر أحدهما نصيبه لم يجز تأخيره في قول أبى حنيفة رحمه الله ويجوز عند أبى يوسف ومحمد ولا خلاف في انه لا يجوز تأخيره في نصيب شريكه لانه لم يملكه ولا تولى هذا العقد فيه وأما في نصيب شريكه فهو على الخلاف (وجه) قولهما ان نصيبه ملكه فيملك التصرف فيه ولهذا ملك التصرف فيه اسقاطا بالابراء فالتأخير أولى لانه دونه . ولابى حنيفة رحمه الله ان تأخير نصيبه قسمة الدين قبل القبض وانها غير جائزة والدليل على أن التأخير قسمة الدين انه وجد أثر القسمة وهو انفراد كل واحد من الشريكين بنصيبه على وجه لا يكون للآخر فيه

حق وقسمة الدين قبل القبض لاتجوز لانه لا يحتمل معنى القسمة وهو التميز إذ هو اسم للفعل أو لمال حكمي في الذمة بخلاف الابراء فانه ليس فيه أثر القسمة ومعناها بل هو اتلاف لنصيبه فان قيل قسمة الدين تصرف في الدين والتأخير ليس تصرفا في الدين بل في المطالبة بالاسقاط فالجواب ان التأخير تصرف في الدين والمطالبة جميعا لانه يوجب تغيير الدين عما كان عليه لان الدين قبله كان على صفة لو قبض أحدهما نصيبه كان للآخر ان يشاركه فيه وبعد التأخير لا يبقى له حق المشاركة مادام الاجل قائما ثم فرع على قولهما فقال اذا قبض الشريك الذي لم يؤخر نصيبه لم يكن للذي أخر ان يشركه فيما قبض حتى يحل دينه فان حل دينه فله ان يشركه ان كان قائما وان كان مستهلكا ضمنه صاحبه لان الاجل يمنع ثبوت المطالبة فلا يكون له حق في المقبوض فاذا حل صار كانه لم يزل حالا فتثبت له الشركة فان لم يقبض الآخر شيأ حتى حل دين الذي أخر عاد الامر الى ما كان فما قبض أحدهما من شئ يشركه الآخر فيه لان الدين لما حل فقد سقط الاجل فصار كما كان قبل التأجيل ولو كان الدين بين شريكين على امرأة فتزوجها أحدهما على نصيبه من الدين فقد روى بشر عن أبي يوسف ان لشريكه أن يرجع عليه بنصف حقه من ذلك وروى بشر عنه أيضا انه لا يرجع وهو رواية محمد عن أبي يوسف (وجـه) الرواية الاولى ان النكاح أوجب المهر في ذمته وله في ذمتها مثله فصار قصاصا بدينه فصار كانه قبض نصف الدين فكان له أن يرجع بنصف حقه كما لو اشترى منها ثوبا بنصيبه من الدين (وجه) الرواية الاخرى أن من شرط وجوب الضمان عليه لشريكه أن يسلم له ما يحتمل المشاركة ولم يوجد فلا يضمن لشريكه كما لو أبرأها عن نصيبه ولو استأجر أحد الشريكين الغريم بنصيبه فان شريكه يرجع عليه في قولهم جميعا لان الاجرة في مقابلتها بدل مضمون بالعقد فأشبه البيع وكذا الذي سلم له وهو المنفعة قابل للشركة فكان له أن يضمنه وروى بشر عن أبي يوسف ان أحد الطالبين اذا شج المطلوب موضحة عمدا فصالحه على حصته لا يلزمه شئ لشريكه لانه لم يسلم له ما تمكن المشاركة فيه لان الصلح عن جناية عمد ليس في مقابلته بدل مضمون فلم يسلم ما تصح المشاركة فيه فلا يلزمه شئ واما اذا استهلك أحد الطالبين على المطلوب مالا فصارت قيمته قصاصا بدينه أو اقترض منه شيأ بقدر نصيبه من الدين فلشريكه أن يرجع عليه لان قدر القرض وقيمة المستهلك صار قصاصا بدينه والاقتصاص استيفاء الدين من حيث المعنى فصار كانه استوفى حقه ولو كان وجب للمطلوب على أحد الطالبين دين بسبب قبل أن يجب لهما عليه الدين فصار ما عليه قصاصا بما لاحد الطالبين فلا ضمان على الذي سقط عنه الدين لشريكه لانه ما استوفى الدين بل قضى دينا كان عليه اذ الاصل في الدينين اذا التقيا قصاصا أن يصير الاول مقضيا بالثاني لانه كان واجب القضاء قبل الثاني واذا لم يكن مستوفيا للدين لم يكن له المشاركة إذ المشاركة تثبت في القدر المستوفى وذكر ابن سماعة في نوادره عن محمد لو ان أحد الغريمين اللذين لهما المال قتل عبد المطلوب فوجب عليه القصاص فصالحه المطلوب على خمسمائة درهم كان ذلك جائزا وبرئ من حصة القاتل من الدين وكان لشريك القاتل أن يشركه فيأخذ منه نصف الخمسمائة وكذلك لو تزوج المرأة الغريمة على خمسمائة مرسلة أو استأجر الغريم بخمسمائة مرسلة فرق بين هذا وبين ما اذا صالح على نفس الدين أو تزوج به (ووجه) الفرق ان العقد هنا وهو الصلح والنكاح وقع على ما في الذمة وانه يوجب المقاصة فكان استيفاء الدين معنى بمنزلة الاستيفاء حقيقة بخلاف الصلح على نفس الدين والتزوج به فان العقد هناك ما وقع على ما في الذمة مطلقا الا ترى ان العقد هناك أضيف الى نفس الدين فلم تقع المقاصة ولم يسلم له أيضا ما يحتمل الاشتراك فيه فلا يرجع وذكر علي بن الجعد عن أبي يوسف انه لو مات المطلوب وأحد الشريكين وارثه وترك مالا ليس فيه وفاء اشتركا بالحصص لان الدين يمنع انتقال الملك الى الورثة لقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين رتب الميراث على الدين فلم ينتقل الملك الى الوارث فلا يسقط دينه وكان دين الوارث والاجنبي سواء ولو أعطى المطلوب لاحدهما رهنا بحصته فهلك الرهن عنده فلشريكه أن يضمنه لان قبض الرهن قبض استيفاء وبهلاك الرهن يصير مستوفيا للدين حكما فكان كالاستيفاء حقيقة ولو غصب أحد الشريكين من

المطلوب عبدافمات عنده فلشريكه أن يضمنه لانه صار ضامنا لقيمة العبد من وقت الغصب فهلك المغصوب من ذلك الوقت بطريق الظهور والاستناد ولو ذهبت احدى عيني العبد بآفة سماوية في ضمان الغاصب فرده لم يرجع شريكه عليه بشيء لانه لم يسلم له ما يمكن المشاركة فيه لانه لم يملك المضمون فلا يضمن لشريكه شيأ بخلاف نفس العبد لانه ملكها بالضمان فسلم له ما يمكن المشاركة فيه فيضمن لشريكه وكذلك العبد المرهون اذا ذهبت احدى عينيه بآفة سماوية وكذا لو اشترى احد الشريكين من الغريم عبداً بيعا فاسدا وقبضه فمات في يده أو باعه أو أعتقه انه يضمن لشريكه كما يضمن في الغصب ولو ذهبت عينه بآفة سماوية فرده لم يضمن لشريكه شيأ ويجب ذلك عليه من حصته من الدين خاصة والله عز وجل أعلم (وأما) شركة العقود فجملة الكلام فيها انها لا تخلو من أن تكون فاسدة أو صحيحة أما الصحيحة * فأما الشركة بالاموال فنبين أحكام العنان منها والمفاوضة وما يجوز لاحد شريكي العنان والمفاوضة ان يعمله في مال الشركة وما لا يجوز أما العنان فلاحد شريكي العنان أن يبيع مال الشركة لانهما بعقد الشركة اذن كل واحد لصاحبه ببيع مال الشركة ولان الشركة تتضمن الوكالة فيصير كل واحد منهما وكيل صاحبه بالبيع ولان غرضهما من الشركة الربح وذلك بالتجارة وما التجارة الا البيع والشراء فكان اقدامهما على العقد اذنا من كل واحد منهما لصاحبه بالبيع والشراء دلالة وله أن يبيع مال الشركة بالنقد والنسيئة لان الاذن بالبيع بمقتضى الشركة وجد مطلقا ولان الشركة تنعقد على عادة التجار ومن عادتهم البيع نقدا ونسيئة وله أن يبيع بقليل الثمن وكثيره لما قلنا الا بما لا يتغابن الناس في مثله لان المقصود من العقد وهو الاسترباح لا يحصل به فكان مستثنى من العقد دلالة وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي وجعله على الاختلاف في الوكالة بالبيع مطلقا انه يجوز عند أبي حنيفة وعندهما لا يجوز ولو باع أحدهما وأجل الآخر لم يجز تأجيله في نصيب شريكه بالاجماع وهل يجوز في نصيب نفسه فهو على الخلاف الذي ذكرنا في الدين المشترك اذا أخر أحدهما نصيبه هذا اذا عقد أحدهما وأجل الآخر فاما اذا عقد أحدهما ثم أجل العاقد فلا خلاف في أنه يجوز تأجيله في نصيب نفسه لانه مالك وعاقد وأما في نصيب شريكه فيجوز تأجيله في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يجوز والكلام فيه بناء على مسئلة الوكيل بالبيع انه يملك تأخير الثمن والابراء عنه عندهما وعنده لا يملك (ووجه) البناء ظاهر لان العاقد في نصيب الشريك وكيل عنه وهي من مسائل كتاب الوكالة الا أن هناك اذا أخر يضمن من ماله للموكل عندهما وهنا لا يضمن الشريك العاقد لان الشريك العاقد يملك أن يقايل البيع ثم يبيعه بنسيئة واذا لم يقايل وأخر الدين جاز والوكيل بالبيع لا يملك أن يقايل ويبيع بالنسيئة فاذا أخر يضمن وله يشتري بالنقد والنسيئة لما قلنا في البيع وهذا اذا كان في يده مال ناض للشركة وهو الدراهم والدنانير فاشترى بالدراهم والدنانير شيأ نسيئة وكان عنده شيء من المكيل والموزون فاشترى بذلك الجنس شيأ نسيئة فاما اذا لم يكن في يده دراهم ولا دنانير فاشترى بدراهم أو دنانير شيأ كان المشترى له خاصة دون شريكه لانا لو جعلنا شراءه على الشركة لصار مستدينا على مال الشركة والشريك لا يملك الاستدانة على مال الشركة من غير أن يؤذن له بذلك كالمضارب لانه يصير مال الشركة أكثر مما رضي الشريك بالمشاركة فيه فلا يجوز من غير رضاه وكذلك لو كان عنده عروض فاشترى بالدراهم والدنانير نسيئة لان العروض لا تصلح رأس مال الشركة فكان الشراء بالاثمان استدانة بخلاف ما اذا اشترى بها وفي يده مثلها لان ذلك ليس باستدانة وحكى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة انه اذا كان في يد أحد الشريكين دنانير فاشترى بدراهم جاز وقال زفر لا يجوز بناء على أن زفر يعتبر المجانسة في رأس مال الشركة حقيقة حتى أبى انعقاد الشركة في الدراهم مع الدنانير لاختلاف الجنس حقيقة فيصير كانه اشترى بجنس ما في يده صورة بالدراهم وعنده عروض ونحن نعتبر المجانسة معنى وهو الثمنية وقد تجانسا في الثمنية فصار كانه اشترى بجنس ما في يده صورة ومعنى وله أن يبضع مال الشركة لان الشركة تنعقد على عادة التجار والابضاع من عاداتهم ولان له أن يستأجر من يعمل في البضاعة بعوض فالابضاع أولى لان استعمال البضع في البضاعة بغير عوض وله أن يودع لان

الايداع

الايداع من عادة التجار ومن ضرورات التجارة أيضا لانه لا بد للتاجر منه لانه يحتاج الى ذلك عند اعتراض أحوال تقع عادة لان له أن يستحفظ المودع بأجر فبغير أجر أولى وليس له أن يشارك الا أن يؤذن له بذلك لان الشئ لا يستتبع مثله فان شارك رجلا شركة عنان فما اشتراه الشريك فنصفه له ونصفه للشريكين لانه ان كان لا يملك الشركة فى حق الشريك يملك التوكيل وعقد الشركة يتضمن التوكيل فكان نصف ما اشتراه بينهما وان اشترى الشريك الذى لم يشارك فما اشتراه يكون بينه وبين شريكه نصفين ولا شئ للاجنبي فيه لانه لم يوكله فبقي ما اشتراه على حكم الشركة وقال الحسن بن زياد اذا شارك أحد شريكى العنان رجلا شركة مفاوضة بغير محضر من شريكه لم تكن مفاوضة وكانت شركة عنان لان المفاوضة تقتضى فسخ شركة العنان لان المفاوض يجب أن يكون شريكه فى كل المال وذلك لا يصح فى حق شريكه فكان ذلك فسخاً للشركة وهو لا يملك الفسخ مع غيبته وان كان بمحضر من صاحبه صحت المفاوضة وذلك ابطال لشركة العنان لانه يملك فسخ الشركة مع حضور صاحبه وليس له أن يخلط مال الشركة بمال له خاصة لان الخلط ايجاب حق فى المال فلا يجوز الا فى القدر الذى رضى به رب المال وهل له أن يدفع مال الشركة مضاربة ذكر محمد فى الاصل عن أبى حنيفة انه له ذلك وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه ليس له ذلك (وجه) رواية الحسن ان المضاربة نوع شركة لان رب المال مع المضارب يشتركان فى الربح وهو لا يملك الشركة باطلاق العقد فلا يملك المضاربة (وجه) ظاهر الرواية انه يملك أن يستأجر أجيرا يعمل فى مال الشركة فلأن يملك الدفع مضاربة أولى لان الاجير يستحق الاجر سواء حصل فى الشركة ربح أو لم يحصل والمضارب لا يستحق شيأ بعمله الا اذا كان فى المضاربة ربح فلما ملك الاستئجار فلأن يملك الدفع مضاربة أولى والاستدلال بالشركة غير سديد لان الشركة فوق المضاربة لانها توجب الشركة فى الاصل والفرع والمضاربة توجب الشركة فى الفرع لا فى الاصل والشئ يستتبع ما هو دونه ولا يستتبع ما هو فوقه أو مثله ولهذا لا يملك المضارب أن يدفع المال مضاربة بمطلق العقد لان المضاربة مثل المضاربة ويملك التوكيل لانه دون المضاربة والوكيل لا يملك أن يوكل غيره باطلاق الوكالة لان الوكالة مثل الوكالة وله أن يعمل فى مال الشركة كل ما للمضارب أن يعمله فى مال المضاربة وسنذكره فى كتاب المضاربة ان شاء الله تعالى لان تصرف الشريك أقوى من تصرف المضارب وأعم منه فما كان للمضارب أن يعمل فالشريك أولى وله أن يأخذ مالا مضاربة ويكون ربحه له خاصة لان المضارب يستحق الربح بعمله فيختص به كما لو آجر نفسه وله أن يوكل بالبيع والشراء استحسانا والقياس أن لا يجوز لان شريكه رضى برأيه ولم يرض برأى غيره (وجه) الاستحسان ان الشركة تنعقد على عادة التجار والتوكيل بالبيع والشراء من عاداتهم ولانه من ضرورات التجارة لان التاجر لا يمكنه مباشرة جميع التصرفات بنفسه فيحتاج الى التوكيل فكان التوكيل من ضرورات التجارة بخلاف الوكيل بالشراء لانه لا يملك أن يوكل غيره لانه لا يملك جميع التصرفات بل لا يملك الا الشراء فيمكنه مباشرته بنفسه فلا ضرورة الى أن يوكل غيره ولان الشركة أعم من الوكالة والوكالة أخص منها والشئ يستتبع دونه ولا يستتبع مثله وبخلاف ما اذا كانا شريكين فى خادم أو ثوب خاصة انه ليس لاحدهما أن يوكل رجلا ببيعه وان وكل لم يجز فى حصة صاحبه لان ذلك شركة ملك وكل واحد من الشريكين فى شركة الاملاك أجنبي عن صاحبه محجور عن التصرف فى نصيبه لانعدام المطلق للتصرف وهو الملك والولاية على ما بينا فيما تقدم وله أن يوكل وكيلا ويدفع اليه مالا ويأمره أن ينفق على شئ من تجارتهما والمال من الشركة لما قلنا ان الشريك يملك التوكيل فكان تصرفه كتصرف الموكل فان أخرج الشريك الآخر الوكيل يخرج من الوكالة ان كان فى بيع أو شراء أو اجارة لان كل واحد منهما لما ملك التوكيل على صاحبه ملك العزل عليه ولان الموكل وكيل لشريكه فاذا وكل كان للموكل أن يعزل وكيله وان كان وكيلا فى تقاضى ما داينه فليس للآخر اخراجه لانه لا يملك أن يوكل شريكه فلا يملك أن يعزل وكيله عنه وله أن يستأجر أجيراً لشئ من تجارتهما لان الاجارة من التجارة حتى يملكها المأذون فى التجارة وهو من عادات التجار

أيضاومن ضرورات التجارة أيضالان التاجر لايجد بدأ منه ولان المنافع عند ايراد العقد عليها تجرى مجرى الاعيان فكان الاستئجار بمنزلة الشراء وهو يملك الشراء فيملك الاستئجار والاجر يكون على المستأجر يطالب به دون شريكه لانه العاقد لاشريكه وحقوق العقد ترجع الى العاقد و يرجع على شريكه بنصف الاجرة لانه وكيله فى العقد وله أن يرهن متاعاً من الشركة بدين وجب بعقده وهو الشراء وان يرتهن بما باعه لان الرهن ايفاء الدين والارتهان استيفاؤه وانه يملك الايفاء والاستيفاء فيملك الرهن والارتهان وذكر محمد فى كتاب الرهن اذا رهن أحدهما متاعا من الشركة بدين عليهما لم يجز وكان ضامنا للرهن ولو ارتهن بدين لهما اداناه وقبض لم يجز على شريكه وذلك محمول على ما اذا رهن أحدهما بدين عليهما وجب بعقدهما لان الرهن ايفاء وكل واحد منهما لا يملك أن يوفى دين الآخر من ماله الا بأمره فلا يملك الرهن والارتهان واستيفاء أحدهما لا يملك استيفاء ثمن ما عقده شريكه لنفسه فلا يملك ارتهانه فان هلك فى يده وقيمته والدين سواء ذهب بحصته لانه قبض الرهن بعقد فاسد والرهن الفاسد يكون مضمونا كالصحيح فكان مستوفيا حصته من الدين لانه كان يملك استيفاء حصته من الدين قبل الارتهان وان وليه غيره فاذا ارتهنه بجميع ذلك صار مستوفيا لجميع الدين فيصير مستوفيا حصته صورة فذهب الرهن بحصته وشريكه بالخيار ان شاء رجع بحصته على المطلوب و يرجع المطلوب بنصف قيمة الرهن على المرتهن وان شاء ضمن شريكه حصته من الدين لان قبض الرهن قبض استيفاء الدين فاذا هلك فى يده تقرر استيفاء كل الدين ومن استوفى كل الدين المشترك بغير اذن شريكه كان لشريكه أن يرجع على الغريم بحصته و يرجع الغريم على القابض بما قبضه لانه انما سلم اليه ليملك ما فى ذمته بما سلم ولم يملك فكان له أن يرجع كذا ههنا للمطلوب أن يرجع بنصف قيمة الرهن على المرتهن وان شاء الشريك رجع عليه بنصف دينه لما ذكرنا ان أحد الشريكين اذا استوفى الدين المشترك كله كان للشريك الآخر أن يرجع عليه بنصيبه وطريق ذلك ان نصف المقبوض وقع للقابض ولشريكه أن يشاركه فيه ومتى شاركه فيه فللقابض أن يرجع على المطلوب بذلك ثم يشاركه فى ذلك أيضا هكذا يستوفى هو و يشاركه الآخر الى أن يستوفيا الدين طعن عيسى بن أبان فى هذه المسألة وقال يجب أن لا يضمن الشريك نصيب شريكه لان محمدا قال لو قال رجل لرجل اعطنى رهنا بدين فلان الذى عليك فان أجازه جاز وان لم يجزه فلا ضمان على فأعطاه وهلك الرهن فى يده لم يضمن وهذا الطعن فى غير موضعه لان ذلك الرجل جعل الرهن فى يد العدل لانه لما أخذ رهنا لغيره وشرط أن لا ضمان عليه فقد صار عدلا وهلاك الرهن فى يد العدل لا يوجب الضمان لان قبضه ليس بقبض استيفاء وههنا انما قبضه للاستيفاء والرهن المقبوض للاستيفاء مضمون فلم يصح الطعن وله أن يحتال لان الحوالة من أعمال التجارة لان التاجر يحتاج اليها لاختلاف الناس فى الملاءة والافلاس وكون بعضهم أملأ من بعض وفى العادة يختار الاملأ فالاملأ فكانت الحوالة وسيلة الى الاستيفاء فكانت فى معنى الرهن فى التوثق للاستيفاء ولان الاحتيال تمليك ما فى الذمة بمثله فيجوز كالصرف وحقوق عقد تولاه أحدهما ترجع الى العاقد حتى لو باع أحدهما لم يكن للآخر أن يقبض شيأ من الثمن وكذلك كل دين لزم انسانا بعقد وليه أحدهما ليس للآخر قبضه وللمديون أن يمتنع من دفعه اليه كالمشترى من الوكيل بالبيع له أن يمتنع عن دفع الثمن الى الموكل لان القبض من حقوق العقد وحقوق العقد تعود الى العاقد لان المديون لم يلتزم الحقوق للمالك وانما التزمها العاقد فلا يلزمه ما لم يلتزمه الا بتوكيل العاقد فان دفع الى الشريك من غير توكيل برئ من حصته ولم يبرأ من حصة الداين وهذا استحسان والقياس أن لا يبرأ الدافع (وجه) القياس ان حقوق العقد لا تتعلق بالقابض بل هو أجنبي عنها وانما تتعلق بالعاقد فكان الدافع الى القابض بغير حق فلا يبرأ (وجه) الاستحسان أنه لا فائدة فى نقض هذا القبض اذ لو نقضناه لاحتجنا الى اعادته لان المديون يلزمه دفعه الى العاقد والعاقد يرد حصة الشريك اليه فلا يفيد القبض ثم الاعادة فى الحال وهذا على القياس والاستحسان فى الوكيل بالبيع اذا دفع المشترى الثمن الى الموكل من غير اذن الوكيل لا يطالب الشريك بتسليم المبيع لما قلنا وليس

لاحدهما

لاحدهما ان يخاصم فيما ادانه الآخر أو باعه والخصومة للذى باع وعليه ليس على الذى لم يل من ذلك شيء فلا يسمع
عليه بينة فيه ولا يستحلف وهو والاجنبي في هـذا سواء لان الخصومة من حقوق العقد وحقوق العقد تتعلق بالعاقد
ولو اشترى أحدهما شيأ لا يطالب الآخر بالثمن وليس للشريك قبض المبيع لما قلنا وللعاقد أن يوكل وكيلا بقبض
الثمن والمبيع فيما اشترى و باع لما ذكرنا فيما تقدم ولاحـدهما ان يقايل فيما باعه الآخر لان الاقالة فيهما معنى الشراء وأنه
يملك الشراء على الشركة فيملك الاقالة وما باعه أحـدهما أو اشترى فظهر عيب لا يرد الآخر بالعيب ولا يرد عليه لان
الرد بالعيب من حقوق العقد وانها ترجع الى العاقد والرجوع بالثمن عند استحقاق المبيع على البائع لانه العاقـد فان أقر
أحدهما بعيبه في متاع جاز اقراره عليه وعلى صاحبه قال الكرخي وهذا قياس قول أبي حنيفة وزفر وأبي يوسف رحمهم
الله وفرق بين هـذا و بين الوكيل اذا أقر بالعيب فرد القاضي المبيع عليه أنه لا ينفذ اقراره على الموكل حتى يثبت بالبينة
لان موجب الاقرار بالعيب ثبوت حق الرد عليه ولاحـد الشريكين أن يقايل فيما باعـه الآخر لان الاقالة فيها معنى
الشراء وأنه يملك الشراء الى أن يسـترد المبيع و يقبل العقد والوكيل لا يملك ذلك فان باع أحدهـما متاعا من الشركة فرد
عليه فقبله بغير قضاء القاضي جاز عليهما لان قبول المبيع بالتراضي من غير قضاء بمنزلة شراء مبتدأ بالتعاطي وكل واحـد
منهما يملك أن يشتري ما باعـه على الشركة وكذا القبول من غـير قضاء القاضي بمنزلة الاقالة واقالة أحـدهما تنفذ على
الآخر وكذا الوحط من ثمنـه أو أخر ثمنه لاجـل العيب فهو جائز لان العيب يوجب الرد ومن الجائز أن يكون الصلح
والحط أنفع من الرد فكان له ذلك وان حط من غير علة أو أمر يخاف منه جاز في حصته ولم يجز في حصة صاحبه لان
الحط من غـير عيب تبرع والانسان يملك التبرع من مال نفسه لا من مال غـيره وكذلك لو وهب لان الهبة تبرع
ولكل واحـد منهما أن يبيع ما اشتراه وما اشترى صاحبه مرابحة على ما اشترياه لان كل واحد منهما وكيل صاحبه
بالشراء والبيع والوكيل بالبيع يملك البيع مرابحة وهل لاحدهما أن يسافر بالمال من غير رضا صاحبه ذكر الكرخي
أنه ليس له ذلك والصحيح من قول أبي يوسف ومحمد ان له ذلك وكذا المضارب والمبضع والمودع لهم أن يسافروا
وروى عن أبي حنيـفة رحمـه الله انه ليس للشريك والمضارب أن يسافر وهو قول أبي يوسف وروى عن أبي
يوسف ان له المسافرة الى موضع لا يبيت عن منزله وروى عنه يسافر أيضاً بما لا حمل له ولا مؤنة ولا يسافر بماله حمل
ومؤنة (وجه) ظاهر قول أبي يوسف ان السفر له خطر فلا يجوز في ملك الغير الا باذنه (وجـه) الرواية التي فرق
فيها بين القريب والبعيد انه اذا كان قريبا بحيث لا يبيت عن منزله كان في حكم المصر (وجه) الرواية التي فرق فيها
بين ماله حمـل ومؤنة وما ليس له حمل ومؤنة ان ماله حمل اذا احتاج شريكه الى رده يلزمه مؤنة الرد فيتضرر به ولا مؤنة
تلزمه فيما لا حمل له (وجـه) قول أبي حنيفة ومحمد ان الاذن بالتصرف يثبت مقتضى الشركة وانها صـدرت مطلقة
عن المكان والمطلق يجرى على اطلاقه الا لدليل ولهذا اجاز للمودع أن يسافر على أنه في معنى المودع لانه مؤتمن في مال
الشركة كالمودع في مال الوديعة مع ما ان الشريك يملك أمراً زائداً لا يملكه المودع وهو التصرف فلما ملك المودع السفر
فلأن يملكه الشريك أولى وقول أبي يوسف ان المسافرة بالمال مخاطرة به مسلم اذا كان الطريق مخوفا (فاما) اذا
كان أمناً فلا خطر فيـه بل هو مباح لان الله سبحانه وتعالى أمر بالابتغاء في الارض من فضـل الله ورفع الجناح عنه
بقوله تعالى عز شأنه فاذا قضيت الصلاة فانتشروا في الارض وابتغوا من فضل الله وقال عز شأنه ليس عليكم جناح
أن تبتغوا فضلا من ربكم مطلقاً من غـير فصل وما ذكر من لزوم مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة فلا يعد ذلك غرامـة في عادة
التجار لان كل مؤنة تلزم تلحق برأس المال هذا اذا لم يقل كل واحد منهما لصاحبه اعمل في ذلك برأيك فاما اذا قال ذلك
فانه يجوز لكل واحد منهما المسافرة والمضاربة والمشاركة وخلط مال الشركة بمال له خاصة والرهن والارتهان مطلقا
لانه فوض الرأي اليه في التصرف الذي اشتملت عليه الشركة مطلقا واذا سافر أحدهما بالمال وقد أذن له بالسفر أو قيل
له اعمل برأيك أو عند اطلاق الشركة على الرواية الصحيحة عن أبي حنيفة ومحمد فله أن ينفق من جملة المال على نفسه في

كرائه ونفقته وطعامه وادامه من رأس المال روى ذلك الحسن عن أبي حنيفة وقال محمد وهذا استحسان والقياس أن لا يكون له ذلك لان الانفاق من مال الغير لا يجوز الا باذنه نصاً (وجه) الاستحسان العرف والعادة لان عادة التجار الانفاق من مال الشركة والمعروف كالمشروط ولان الظاهر هو التراضي بذلك لان الظاهر ان الانسان لا يسافر بمال الشركة ويلتزم النفقة من مال نفسه لربح يحتمل أن يكون ويحتمل أن لا يكون لانه التزام ضرر للحال لنفع يحتمل أن يكون ويحتمل أن لا يكون فكان اقدامهما على عقد الشركة دليلا على التراضي بالنفقة من مال الشركة ولان كل واحد منهما في مال صاحبه كالمضارب لان ما يحصل من الربح فهو فرع جميع المال وهو يستحق نصف الربح شائعاً كالمضارب فتكون النفقة من جميع المال كالمضارب اذا سافر بمال نفسه وبمال المضاربة كانت نفقته في جميع ذلك كذا هذا وقال محمد فان ربحت حسبت النفقة من الربح وان لم يربح كانت النفقة من رأس المال لان النفقة جزء تالف من المال فان كان هناك ربح فهو منه والا فهو من الاصل كالمضارب وما اشتراه أحدهما بغير مال الشركة لا يلزم صاحبه لما ذكرنا انه يصير مستديناً على مال الشركة وصاحبه لم يأذن له بالاستدانة وليس لاحدهما أن يهب ولا أن يقرض على شريكه لان كل واحد منهما تبرع (أما) الهبة فلا شك فيها (وأما) القرض فلانه لا عوض له في الحال فكان تبرعا في الحال وهو لا يملك التبرع على شريكه وسواء قال اعمل برأيك أو لم يقل الا ان ينص عليه بعينه لان قوله اعمل برأيك تفويض الرأي اليه فيما هو من التجارة وهذا ليس من التجارة ولو استقرض مالا لزمهما جميعاً لانه تملك مال بالعقد فكان كالصرف فيثبت في حقه وحق شريكه ولانه ان كان الاستقراض استعارة في الحال فهو يملك الاستعارة وان كان تملكا يملكه أيضاً وليس له أن يكاتب عبداً من تجارتهما ولا أن يعتق على مال لان الشركة تنعقد على التجارة والكتابة والاعتاق ليسا من التجارة ألا ترى انه لا يملكهما المأذون في التجارة وسواء قال اعمل برأيك أو لا لما قلنا وليس له أن يزوج عبداً من تجارتهما في قولهم جميعاً لانه ليس من التجارة وهو ضرر محض فلا يملكه الا باذن نصا وكذلك تزويج الامة في قول أبي حنيفة ومحمد لانه ليس من التجارة ويجوز عند أبي يوسف والمسئلة تقدمت في كتاب النكاح ولو أقر بدين لم يجز على صاحبه لان الاقرار حجة قاصرة فلا يصدق في ايجاب الحق على شريكه بخلاف المفاوضة لان الجواز في المفاوضة بحكم الكفالة لا بالاقرار وهذه الشركة لا تتضمن الكفالة ولو أقر بجارية في يده من تجارتهما انها لرجل لم يجز اقراره في نصيب شريكه وجاز في نصيبه لما ذكرنا ان اقرار الانسان ينفذ على نفسه لا على غيره لانه في حق غيره شهادة وسواء كان قال له اعمل برأيك أو لا لان هذا القول يفيد العموم فيما تتضمنه الشركة والشركة لم تتضمن الاقرار وما ضاع من مال الشريك في يد أحدهما فلا ضمان عليه في نصيب شريكه فيقبل قول كل واحد من الشريكين على صاحبه في ضياع المال مع يمينه لانه أمين والله عز وجل أعلم وأما المفاوضة فجميع ما ذكرنا انه يجوز لاحد شريكي العنان أن يفعله وهو جائز على شريكه اذا فعله فيجوز لاحد شريكي المفاوضة أن يفعله واذا فعله فهو جائز على شريكه لان المفاوضة أعم من العنان فلما جاز لشريك العنان فجوازه للمفاوض أولى وكذا كل ما كان شرطاً لصحة شركة العنان فهو شرط لصحة شركة المفاوضة لانها لما كانت أعم من العنان فهو يقتضي شروط العنان وزيادة وكذا ما فسدت به شركة العنان تفسد به شركة المفاوضة لان المفاوضة يفسدها ما لا يفسد العنان لاختصاصها بشرائط لم تشترط في العنان وقد بينا ذلك فيما تقدم والآن نبين الاحكام المختصة بالمفاوضة التي تجوز للمفاوض ولا تجوز للشريك شركة العنان فنقول وبالله التوفيق يجوز اقرار أحد شريكي المفاوضة بالدين عليه وعلى شريكه ويطالب المقر له ايهما شاء لان كل واحد منهما كفيل عن الآخر فيلزم المقر باقراره ويلزم شريكه بكفالته وكذلك ما وجب على كل واحد منهما من دين التجارة كثمن المشترى في البيع الصحيح وقيمته في البيع الفاسد وأجرة المستأجر أو ما هو في معنى التجارة كالمغصوب والخلاف في الودائع والعوارى والاجارات والاستهلاكات وصاحب الدين بالخيار ان شاء أخذ هذا بدينه وان شاء أخذ شريكه بحق الكفالة أما دين التجارة

ولانه

فلانه دين لزمه بسبب الشركة لان البيع الصحيح اشتمل عليه عقد الشركة لانه تجارة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما يلزمه بسبب الشركة ولهذا قالوا ان البينة تسمع فى ذلك على الشريك الذى لم يعقد لان الدين لزمه كما لزم شريكه لانه كفيل عن شريكه والبينة بالدين تسمع على الكفيل كما تسمع على المكفول عنه وكذا البيع الفاسد بدليل ان الامر بالبيع يتناول الصحيح والفاسد وكذا الاجرة لان الاجارة تجارة (وأما) الغصب فلان ضمانه فى معنى ضمان التجارة لان تقرر الضمان فيه يفيد ملك المضمون فكان فى معنى ضمان البيع والخلاف فى الودائع والعوارى والاجارات فى معنى الغصب لانه من باب التعدى على مال الغير بغير اذن مالكه فكان فى معنى الغصب فكان ضمانه ضمان الغصب (وأما) أروش الجنايات والمهر والنفقة وبدل الخلع والصلح عن القصاص فلا يؤاخذ به شريكه لانه ليس بضمان التجارة ولا فى معنى ضمان التجارة أيضاً لانعدام معنى معاوضة المال بالمال رأساً وروى عن أبى يوسف ان ضمان الغصب والاستهلاك لا يلزم الا فاعله لانه ضمان جناية فأشبه ضمان الجناية على بنى آدم والجواب ماذكرنا ان ضمان الغصب وضمان الاتلاف فى غير بنى آدم ضمان معاوضة لانه ضمان يملك به المضمون عوضا عنه بخلاف ضمان الجناية على بنى آدم لانه لا يملك به المضمون فلم يوجد فيه معنى المعاوضة أصلا ولو كفل أحدهما عن انسان فان كفل عنه بمال يلزم شريكه عند أبى حنيفة وعندهما لا يلزم وان كفل بنفس لا يؤخذ بذلك شريكه فى قولهم جميعاً (وجه) قولهما ان الكفالة تبرع فلا تلزم صاحبه كالهبة والصدقة والكفالة بالنفس والدليل على انها تبرع اختصاص جوازها باهل التبرع حتى لا تجوز من الصبى والمكاتب والعبد المأذون وكذا تعتبر من الثلث اذا كان فى حال المرض والشركة لا تنعقد على التبرع ولابى حنيفة رضى الله عنه ان الكفالة تقع تبرعا بابتدائها ثم تصير معاوضة بانتهائها لوجود التمليك والتملك حتى يرجع الكفيل على المكفول عنه بما كفل اذا كانت الكفالة بأمر المكفول عنه فقلنا لا تصح من الصبى والمأذون والمكاتب ويعتبر من الثلث عملا بالابتداء ويلزم شريكه عملا بالانتهاء وحقوق عقد تولاه أحدهما ترجع اليهما جميعا حتى لو باع أحدهما شيأً من مال الشركة يطالب غير البائع منهما بتسليم المبيع كما يطالب البائع ويطالب غير البائع منهما المشترى بتسليم الثمن ويجب عليه تسليمه كالبائع ولو اشترى أحدهما شيأً يطالب الآخر بالثمن كما يطالب المشترى وله أن يقبض المبيع كالمشترى ولو وجد المشترى منهما عيبا بالمبيع فلصاحبه أن يرده بالعيب كالمشترى وله الرجوع بالثمن عند الاستحقاق كالمشترى ولو باع أحدهما سلعة من شركتهما فوجد المشترى بها عيبا فله أن يردها على أيهما شاء ولو انكر العيب فله أن يحلف البائع على البتات وشريكه على العلم ولو أقر أحدهما نفذ اقراره على نفسه وشريكه ولو باعا سلعة من شركتهما ثم وجد المشترى بها عيبا فله أن يحلف كل واحد منهما على النصف الذى باعه على البتات وعلى النصف الذى باعه شريكه على العلم يمين واحدة على العلم فى قول محمد رحمه الله وقال أبو يوسف يحلف كل واحد منهما على البتات فيما باع ويسقط عن كل واحد منهما اليمين على العلم وهما جميعا فى خراج التجارة وضمانها سواء ففعل أحدهما فيها كفعلهما وقول أحدهما كقولهما وهما فى الحقيقة شخصان وفى أحكام التجارة كشخص واحد ولاحدهما أن يكاتب عبد التجارة أو يأذن له بالتجارة لان تصرف كل واحد منهما فيما يعود نفعه الى مال الشركة عام كتصرف الاب فى مال الصغير كذا روى عن محمد انه قال كلما يجوز أن يفعله الانسان فيما لا يملكه فالمفاوض فيه أجوز أمرا ومعناه أن الاب يملك كتابة عبد ابنه الصغير واذنه بالتجارة مع انه لا ملك له فيه رأسا فلأن يملك المفاوض أولى ولا يجوز له أن يعتق شيأً من عبيد التجارة على مال لانه فى معنى التبرع لانه يعتق بمجرد القول ويبقى البدل فى ذمة المفلس قد يسلم له وقد لا يسلم فكان فى معنى التبرع ولهذا لا يملكه الاب فى مال ابنه ولا يجوز له تزويج العبد لانه ضرر محض لان المهر والنفقة يتعلقان برقبته وتنقص به قيمته ويكون ولده لغيره فكان التزويج ضررا محضا فلا يملكه فى ملك غيره ويجوز له أن يزوج الامة لان تزويج الامة نفع محض لانه يستحق المهر والولد ويسقط عنه نفقتها وتصرف المفاوض نافذ فى كل ما يعود نفعه الى مال الشركة بسواء

كان من باب التجارة أولا بخلاف الشريك شركة العنان فان نفاذ تصرفه يختص بالتجارة على أصل أبى حنيفة ومحمد وتزويج الامة ليس من التجارة لان التجارة معاوضة المال بالمال ولم يوجد فلا ينفذ وعند أبى يوسف ينفذ كتصرف المفاوض لوجود النفع ويجوز له أن يدفع المال مضاربة لما ذكرنا فى الشريك شركة عنان انه يجوز له أن يستأجر من يعمل فى مال الشركة بمال يستحقه الاجير بيقين فالدفع مضاربة أولى لان المضارب لا يستحق الربح منها بيقين لجواز أن يحصل وأن لا يحصل ويجوز له أن يشارك شركة عنان فى قول أبى يوسف ومحمد لان شركة العنان أخص من شركة المفاوضة فكانت دونها فجاز أن تتضمنها المفاوضة كما تتضمن العنان المضاربة لانها دونها فتتبعها ولان الاب يملك ذلك فى مال ابنه فيملك المفاوض على شريكه من طريق الاولى وروى الحسن عن أبى حنيفة انه لا يجوز له ذلك لانه يوجب للشريك الثالث حقا فى مال شريكه وذلك لا يجوز الا باذنه هذا اذا شارك رجلا شركة عنان فأما اذا فاوض جاز عليه وعلى شريكه ذكره محمد فى الاصل وقال أبو يوسف لا يجوز وكذا فى رواية الحسن عن أبى حنيفة (وجه) قول محمد أن عقد المفاوضة عام فيصير تصرف كل واحد منهما كتصرف الآخر ولابى يوسف أن المفاوضة مثل المفاوضة والشئ لا يستتبع مثله ويجوز له أن يرهن ويرتهن على شريكه لان الرهن هو ايفاء والارتهان استيفاء وكل واحد منهما يملك الايفاء والاستيفاء فيما عقده صاحبه ويجوز لكل واحد منهما أن يقتضى ما اداناه أو ادانه صاحبه أو ما وجب لهما من غصب على رجل أو كفالة لان كل واحد منهما كفيل الآخر فيملك أن يستوفى حقوقه بالوكالة وما وجب على أحدهما فلصاحب الدين أن يأخذ كل واحد منهما لان كل واحد منهما كفيل عن الآخر وكل واحد منهما خصم عن صاحبه يطالب بما على صاحبه ويقام عليه البينة ويستحلف على علمه فيما هو من ضمان التجارة لان الكفيل خصم فيما يدعى على المكفول عنه ويستحلف على علمه لانه يمين على فعل الغير وما اشتراه أحدهما من طعام لاهله أو كسوة أو ما لا بد له منه فذلك جائز وهو له خاصة دون صاحبه والقياس أن يكون المشترى مشتركا بينهما لان هذا مما يصح الاشتراك فيه كسائر الاعيان لكنهم استحسنوا أن يكون له خاصة للضرورة لان ذلك مما لا بد منه فكان مستثنى من المفاوضة فاختص به المشترى لكن للبائع أن يطالب بالثمن أيهما شاء وان وقع المشترى للذى اشتراه خاصة لان هذا مما يجوز فيه الاشتراك وكل واحد منهما كفيل عن الآخر ببدل ما يجوز فيه الاشتراك الا أنهم قالوا ان الشريك يرجع على شريكه بنصف ثمن ذلك لانه قضى دينا عليه من ماله لا على وجه التبرع لانه التزم ذلك فيرجع عليه وليس له أن يشترى جارية للوطء أو للخدمة بغير اذن الشريك لان الجارية مما يصح فيه الاشتراك ولا ضرورة تدعو الى الانفراد بملكها فصارت كسائر الاعيان بخلاف الطعام والكسوة فان ثمة ضرورة فأخرجا عن عموم الشركة للضرورة ولا ضرورة فى الجارية فبقيت داخلة تحت العموم فان اشترى ليس له أن يطأها ولا لشريكه لانها دخلت فى الشركة فكانت بينهما فهذه جارية مشتركة بين اثنين فلا يكون لاحدهما أن يطأها فان اشترى أحدهما جارية ليطأها باذن شريكه فهى له خاصة ولم يذكر فى كتاب الشركة ان الشريك يرجع عليه بشىء أولا يرجع وذكر فى الجامع الصغير الخلاف فقال عند أبى حنيفة لا يرجع عليه بشئ من الثمن وعندهما يرجع عليه بنصف الثمن (وجه) قولهما ان الحاجة الى الوطء متحققة فتلحق بالحاجة الى الطعام والكسوة فاذا اشتراها لنفسه خاصة وقعت له خاصة وصارت مستثناة عن عقد الشركة فقد نقد ما ليس بمشترك من مال الشركة فيرجع عليه شريكه بالنصف ولابى حنيفة ان الاصل فى كل ما يحتمل الشركة اذا اشتراه أحد الشركين أن يقع المشترى مشتركا بينهما من غير اذن جديد من الشريك بالشراء الا فيما فيه ضرورة وهو ما لا بد له منه من الطعام والكسوة ولا ضرورة فى الوطء فوقع المشترى على الشركة بالاذن الثابت بأصل العقد من غير الحاجة الى اذن آخر فلم يكن الاذن الجديد من الشريك لوقوع المشترى على الشركة لانه وقع على الشركة بدونه فكان للتمليك كأنه قال اشتر جارية بيننا وقد ملكتك نصيبى منها فكانت الهبة متعلقة بالشراء فاذا اشترى وقبض صحت الهبة كما لو قال ان قبضت مالى على فلان فقد وهبته لك فقبضه يملكه

كذا هذا واذا كان كذلك فقد نقد ثمن الواقع على الشركة من مال الشركة فلا يرجع على شريكه بشئ فان اشترى جارية للوطء باذن شريكه فاستولدها ثم استحقت فعلى الواطئ العقر يأخذ المستحق بالعقر أيهما شاء (أما) وجوب العقر فلا شك فيه لان وطء ملك الغير في دار الاسلام لا يخلو عن أحد الغرامتين اما الحد واما العقر وقد تعذر ايجاب الحد لمكان الشبهة وهي صورة البيع فيجب العقر وأما ولاية الاخذ من أيهما شاء فلان هذا ضمان وجب بسبب الشراء والضمان الواجب بسبب الشراء يلزم كل واحد منهما كالثمن لان الشراء من التجارة فكان هذا ضمان التجارة بخلاف المهر في النكاح الصحيح والفاسد لانه مال وجب بسبب النكاح والنكاح ليس من التجارة فلا يدخل في الشركة ولو أقال أحدهما في بيع ما باعه الآخر جازت الاقالة عليهما لما ذكرنا ان الاقالة في معنى الشراء وهو يملك الشراء على الشركة فيملك الاقالة ولان الشريك شركة العنان يملك الاقالة فالمفاوض أولى واذا مات أحد المتفاوضين أو تفرقا لم يكن للذي لم يل المداينة أن يقبض الدين لان الشركة بطلت بموت أحدهما لانها وكالة والوكالة تبطل بموت الموكل لبطلان أمره بموته وتبطل بموت الوكيل لتعذر تصرفه فتبطل الشركة فلا يجوز لاحدهما أن يقبض نصيب الآخر اذا لم يكن هو الذي تولى العقد ويجوز قبضه في نصيب نفسه لانه موكل فيه وقبض الوكيل جائز استحسانا (وأما) الذي ولي المداينة فله أن يقبض الجميع لانه ملك ذلك بعقد المداينة لكونه من حقوق العقد فلا يبطل بانفساخ الشركة بموت الشريك كما لا يبطل بالعزل ولو آجر أحدهما نفسه في الخياطة أو عمل من الاعمال فالاجر بينهما نصفان وان آجر نفسه للخدمة فالاجر له خاصة لان في الفصل الاول آجر نفسه في عمل يملك أن يتقبل على نفسه وعلى صاحبه فاذا عمل فقد أوفى ما عليهما فكانت الاجرة بينهما وفي الثاني لا يملك التقبل على صاحبه بل على نفسه خاصة فكانت الاجرة له خاصة وقال أبو حنيفة اذا قضى أحدهما دينا كان عليه قبل المفاوضة فهو جائز لانه اذا قضى فقد صار المقضي دينا على القاضي أولا ثم يصير قصاصا بماله على القاضي فكان هذا تمليكا بعوض فتناوله عقد الشركة فملكه فجاز القضاء وليس لصاحبه سبيل على الذي قبض الدين لما ذكرنا ان قبضه قبض مضمون لانه قبض ما للشريك أن يملكه اياه ويرجع شريكه عليه بحصته منه لانه قضى دين نفسه من مال غيره ولا تنتقض المفاوضة وان ازداد مال أحد الشريكين لان الواجب دين وزيادة مال أحد الشريكين اذا كانت دينا لا توجب بطلان المفاوضة كما لا تمنع انعقادها لما مر ان الدين لا يصلح رأس مال الشركة فاذا استرجع ذلك بطلت المفاوضة لانه ازداد له مال صالح للشركة على مال شريكه ولو رهن أمة من مال المفاوضة بخمسمائة وقيمتها ألف فماتت في يد المرتهن ذهبت بخمسمائة ولا يضمن ما بقي لان الزيادة أمانة في يد المرتهن فكان مودعا في قدر الامانة من الرهن وللمودع والمفاوض أن يودع وكذلك وصي أيتام رهن أمة لهم بأربعمائة عليه وقيمتها ألف فماتت في يد المرتهن ذهبت بأربعمائة وذلك يكون دينا للورثة على الوصي وهو أمين في الفضل وكذلك الاب يرهن أمة ابن له صغير بدين عليه لان الاب والوصي يملكان الايداع والزيادة على قدر الدين من الرهن امانة فكانت وديعة قال الحسن بن زياد قال أبو حنيفة رحمه الله لو أقرض أحد المتفاوضين مالا فأعطاه رجلا ثم أخذ به سفتجة كان ذلك جائزا عليهما ولا يضمن توى المال أو لم يتو وفي قياس قول أبي يوسف ان الذي أقرض وأخذ السفتجة يضمن حصة شريكه من ذلك وهذا فرع اختلافهم في الكفالة ان الكفيل في حكم المقرض فاذا جازت الكفالة عند أبي حنيفة جاز القرض وعند أبي يوسف لا تجوز الكفالة لما فيها من معنى التبرع فكذلك القرض وقالوا في أحد المتفاوضين اذا استأجر ابلا الى مكة ليحج ويحمل عليها متاع بيته فللمؤاجر أن يطالب أيهما شاء بالاجر لان المعقود عليه وهو المنفعة مما يجوز دخوله في الشركة ألا ترى لو أبدله من حمل متاعه فحمل عليها متاع الشركة جاز واذا دخل في الشركة كان البدل عليهما فيطالب به شريكه بحكم الكفالة وان وقع ذلك له خاصة كما لو اشترى طعاما لنفسه ان المشتري يقع له ويطالب الشريك بالثمن كذا هذا ولو آجر أحدهما عبدا له ورثه لم يكن لشريكه أن يقبض الاجارة لانها بدل مال لم يدخل في الشركة فلا يملك قبضه كالدين الذي وجب له بالميراث والله

عز وجل أعلم (وأما) الشركة بالاعمال فأما العنان منها فلكل واحد منهما أن يتقبل العمل ومتى تقبل يجب عليه وعلى شريكه لان كل واحد منهما بعقد الشركة أذن لصاحبه بتقبل العمل عليه فصار وكيله فيه كأنه تقبل العمل بنفسه ولصاحب العمل أن يطالب بالعمل أيهما شاء لوجوبه على كل واحد منهما ولكل واحد منهما أن يطالب صاحب العمل بكل الاجرة لانه قد لزمه كل العمل فكان له المطالبة بكل الاجرة والى أيهما دفع صاحب العمل برئ لانه دفع الى من أمر بالدفع اليه وعلى أيهما وجب ضمان العمل وهو جناية يده كان لصاحب العمل أن يطالب الآخر به استحسانا كذا روى بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رضي الله عنهم انه قال اذا جنت يد أحدهما فالضمان عليهما جميعا يأخذ صاحب العمل أيهما شاء بجميع ذلك والقياس أن لا يكون له ذلك (وجه) القياس ظاهر لان هذه شركة عنان لا شركة مفاوضة وحكم الشرع في شركة العنان أن ما يلزم كل واحد منهما بعقده لا يطالب به الآخر (وجه) الاستحسان ان هذه شركة ضمان في حق وجوب العمل لان العمل الذي يتقبله أحدهما يجب على الآخر حتى يستحق الاجر به فاذا كانت هذه الشركة مقتضية وجوب العمل على كل واحد منهما كانت مقتضية وجوب ضمان العمل فكانت في معنى المفاوضة في حق وجوب الضمان وان لم تكن مفاوضة حقيقة حتى قالوا في الدين اذا أقر أحدهما بثمن صابون أو اشنان أو غيرهما انه لا يصدق على صاحبه اذا كان المبيع مستهلكا الا باقراره أو بالبينة كذا اذا اقر أحدهما باجر أجير أو حانوت بعد مضي هذه الاجارة وان كان المبيع لم يستهلك ومدة الاجارة لم تمض لزمهما جميعا باقراره وان جحده شريكه كما في شركة العنان فدل انه ليس لها حكم المفاوضة من جميع الوجوه بل من الوجه الذي بينا خاصة وقال أبو يوسف اذا ادعى على أحدهما ثوبا عندهما فأقر به أحدهما وجحد الآخر جاز الاقرار على الآخر ويدفع الثوب ويأخذ الاجرة قال وهذا استحسان وليس بقياس لانهما ليسا متفاوضين حتى يصدق كل واحد منهما على صاحبه بل هما شريكان شركة عنان فلا ينفذ اقراره على صاحبه فيما في يد صاحبه كشريكي العنان في المال اذا أقر أحدهما بثوب من شركتهما وجحد الآخر انه لا ينفذ اقراره على صاحبه في نصيبه كذا هذا وقد روى ابن سماعة عن محمد انه أخذ بالقياس في هذه المسئلة وقال ينفذ اقراره في النصف الذي في يده ولا ينفذ في النصف الذي في يد الشريك (ووجهه) ما ذكرنا أن الشئ في أيديهما والشركة شركة عنان وأحد شريكي العنان اذا أقر بثوب في أيديهما لا ينفذ على صاحبه وانما استحسنا والحقناها بالمفاوضة في حق وجوب العمل والمطالبة بالاجرة في حق وجوب ضمان العمل فبقي الامر فيما وراء ذلك على أصل القياس (وجه) الاستحسان لابي يوسف انه لما ظهر حكم المفاوضة في هذه الشركة في حق ضمان العمل وهو وجوبه حتى لزم كل واحد منهما كل العمل ووجب له المطالبة بكل الاجرة وعليه بكل العمل ولزمه ضمان ما حدث على شريكه يظهر في محل العمل أيضا فينفذ اقراره بمحل العمل على صاحبه وان عمل أحدهما دون الآخر بان مرض أو سافر أو بطل فالاجر بينهما على ما شرطا لان الاجر في هذه الشركة انما يستحق بضمان العمل لا بالعمل لان العمل قد يكون منه وقد يكون من غيره كالقصار والخياط اذا استعان برجل على القصارة والخياطة انه يستحق الاجر وان لم يعمل لوجود ضمان العمل منه وههنا شرط العمل عليهما فاذا عمل أحدهما يصير الشريك القابل عاملا لنفسه في النصف ولشريكه في النصف الآخر ويجوز شرط التفاضل في الكسب اذا شرط التفاضل في الضمان بان شرط الاحدهما ثلثي الكسب وهو الاجر وللآخر الثلث وشرطا العمل عليهما كذلك سواء عمل الذي شرط له الفضل أو لم يعمل بعد أن شرطا العمل عليهما لان استحقاق الاجرة في هذه الشركة بالضمان لا بالعمل بدليل انه لو عمل أحدهما استحق الآخر الاجر واذا كان استحقاق أصل الاجر باصل ضمان العمل لا بالعمل كان استحقاق زيادة الاجر بزيادة الضمان لا بزيادة العمل وحكى عن الكرخي انه علل في هذه المسئلة فقال المنافع لا تتقوم الا بالعقد والشريك قد قومها بمقدار ما شرط لنفسه فلا يستحق الزيادة عليه وهذا يشير الى أن الاستحقاق بالعمل ورد عليه الجصاص وقال هذا لا يصح بدليل انه لو شرط فضل الاجر لاقلهما عملا بان شرطا ثلثا الاجرة له جاز فدل

ان

أن استحقاق فضل الاجرة بفضل الضمان لا بفضل العمل ولو شرطا التفاضل فى الآجرة فجعلاها أثلاثا ولم ينسبا العمل الى نصفين فهو جائز لانهما لما شرطا التفاضل فى الكسب ولا يصح ذلك الا بشرط التفاضل فى العمل كان ذلك اشتراطا للتفاضل فى العمل تصحيحا لتصرفهما عند امكان التصحيح ولو شرطا الكسب أثلاثا وشرطا العمل نصفين لم يجز لان فضل الاجرة لا يقابلها مال ولا عمل ولا ضمان والربح لا يستحق الا باحد هذه الاشياء (وأما) الوضيعة فلا تكون بينهما الا على قدر الضمان حتى لو شرطا أن ما يتقبلانه فثلثاه على أحدهما بعينه وثلثه على الآخر والوضيعة بينهما نصفان كانت الوضيعة باطلة والقبالة بينهما على ما شرطا على كل واحد منهما لان الربح اذا انقسم على قدر الضمان كانت الوضيعة على قدر الضمان أيضا لانه لا يجوز اشتراط زيادة الضمان فى الوضيعة فى موضع يجوز اشتراط زيادة الربح فيه لاحدهما وهو الشركة بالاموال حتى لا تكون الوضيعة فيها الا بقدر المال ففى موضع لا يجوز اشتراط زيادة الربح فيه لاحدهما فلأن لا يجوز أن تكون الوضيعة فيه الا على قدر الضمان أولى (وأما) المفاوضة منهما فما لزم أحدهما بسبب هذه الشركة يلزم صاحبه ويطالب به من ثمن صابون أو أشنان أو أجر أجير أو حانوت ويجوز اقرار أحد الشريكين عليه وعلى شريكه بالدين وللمقر له أن يطالب به أيهما شاء لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيلزم المقر باقراره والشريك بكفالته ولو ادعى على أحدهما بثوب فى أيديهما فأقر به أحدهما وجحد صاحبه يصدق على صاحبه وينفذ اقراره عليه (وأما) الشركة بالوجوه فالعنان منها والمفاوضة فى جميع ما يجب لهما وما يجب عليهما وما يجوز فيه فعل أحدهما على شريكه وما لا يجوز بمنزلة شريك العنان والمفاوضة فى الاموال (وأما) الشركة الفاسدة وهى التى فاتها شرط من شرائط الصحة فلا تفيد شيأ مما ذكرنا لان لأحد الشريكين أن يعمله بالشركة الصحيحة والربح فيها على قدر المالين لانه لا يجوز أن يكون الاستحقاق فيها بالشرط لان الشرط لم يصح فألحق بالعدم فبقى الاستحقاق بالمال فيقدر بقدر المال ولا أجر لاحدهما على صاحبه عندنا وقال الشافعى له أجره فيما عمل لصاحبه وهذا غير سديد الا أنه استحق الربح بعمله فلا يستحق الاجر والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما صفة عقد الشركة فهى انها عقد جائز غير لازم حتى ينفرد كل واحد منهما بالفسخ الا أن من شرط جواز الفسخ أن يكون بحضرة صاحبه أى بعلمه حتى لو فسخ بحضرة من صاحبه جاز الفسخ وكذا لو كان صاحبه غائبا وعلم بالفسخ وان كان غائبا ولم يبلغه الفسخ لم يجز الفسخ ولم ينفسخ العقد لان الفسخ من غير علم صاحبه اضرار بصاحبه ولهذا لم يصح عزل الوكيل من غير علمه مع ما أن الشركة تتضمن الوكالة وعلم الوكيل بالعزل شرط جواز العزل فكذا فى الوكالة التى تضمنته الشركة وعلى هذا الاصل قال الحسن بن زياد اذا شارك أحد شريكى العنان رجلا شركة مفاوضة انه ان كان بغير محضر من شريكه لم تكن مفاوضة وان كان بمحضر منه صحت المفاوضة لان المفاوضة مع غيره تتضمن فسخ العنان وهو لا يملك الفسخ عند غيبته ويملك عند حضرته وهل يشترط أن يكون مال الشركة عينا وقت الشركة لصحة الفسخ وهى أن يكون دراهم أو دنانير ذكر الطحاوى انه شرط حتى لو كان مال الشركة عروضا وقت الفسخ لا يصح الفسخ ولا تنفسخ الشركة ولا رواية عن أصحابنا فى الشركة وفى المضاربة رواية وهى ان رب المال اذا نهى المضارب عن التصرف فانه ينظر ان كان مال المضاربة وقت النهى دراهم أو دنانير صح النهى لكن له أن يصرف الدراهم الى الدنانير والدنانير الى الدراهم لانهما فى الثمنية جنس واحد فكانه لم يشتر بها شيأ وليس له أن يشترى بها عروضا وان كان رأس المال وقت النهى عروضا فلا يصح نهيه لانه يحتاج الى بيعها ليظهر الربح فكان الفسخ ابطالا لحقه فى التصرف فجعل الطحاوى الشركة بمنزلة المضاربة وبعض مشايخنا فرق بين الشركة والمضاربة فقال يجوز فسخ الشركة وان كان رأس المال عروضا ولا يجوز فسخ المضاربة لان مال الشركة فى يد الشريكين جميعا ولهما جميعا ولاية التصرف فيملك كل واحد منهما نهى صاحبه عينا كان المال أو عروضا فاما مال المضاربة ففى يد المضارب وولاية التصرف له لا لرب المال فلا يملك رب المال نهيه بعد ما صار المال عروضا

﴿ فصل ﴾ وأبيان ما يبطل به عقد الشركة فما يبطل به نوعان (أحدهما) يعم الشركات كلها (والثانى) يخص البعض دون البعض اما الذى يعم الكل فانواع (منها) الفسخ من أحد الشريكين لانه عقد جائز غير لازم فكان محتملا للفسخ فاذا فسخه أحدهما عند وجود شرط الفسخ ينفسخ (ومنها) موت أحدهما أيهما مات انفسخت الشركة لبطلان الملك وأهلية التصرف بالموت سواء علم بموت صاحبه أو لم يعلم لان كل واحد منهما وكيل صاحبه وموت الموكل يكون عزلا للوكيل علم به أو لم يعلم لانه عزل حكمى فلا يقف على العلم (ومنها) ردة أحدهما مع اللحاق بدار الحرب بمنزلة الموت (ومنها) جنونه جنونا مطبقا لان به يخرج الوكيل عن الولة وجميع ما يخرج به الوكيل عن الوكالة يبطل به عقد الشركة لان الشركة تتضمن الوكالة على نحو ما فصلنا فى كتاب الوكالة (وأما) الذى يخص البعض دون البعض فانواع (منها) هلاك المالين أو أحدهما قبل الشراء فى الشركة بالاموال سواء كان المالان من جنسين أو من جنس واحد قبل الخلط لان الدراهم والدنانير يتعينان فى الشركات فاذا هلكت فقد هلك ما تعلق العقد بعينه قبل ابرام العقد وحصول المعقود به فيبطل العقد بخلاف ما اذا اشترى شيأ بدراهم معينة ثم هلكت الدراهم قبل القبض ان العقد لا يبطل لان الدراهم والدنانير لا يتعينان فى المعاوضات و يتعينان فى الشركات ثم انما لم تتعين الدراهم والدنانير فى المعاوضات وتعين فى الشركات لانهما جعلا ثمنين شرعا فلو تعينا فى المعاوضات لا نقلبا مثمنين اذ المثمن اسم لعين يقابلها عوض فلو تعينت الدراهم والدنانير فى المعاوضات لكان عينا يقابلها عوض فكان مثمنا فلا يكون ثمنا وفيه تغيير حكم الشرع فلم يتعين وليس فى تعينها فى باب الشركة تغيير حكم الشرع لانها لا يقابلها عند انعقاد الشركة عليهما عوض ولهذا يتعينان فى الهبات والوصايا بخلاف المضاربة والوكالة المفردة عن الشركة أنهما لا يتعينان فى هذين العقدين وان لم يكن التعيين فيهما تغييرا لحكم الشرع وهو جعلهما مثمنين لما لا عوض لهما يقابلهما لان كل واحد من العقدين وضع وسيلة الى الشركة والوسيلة الى الشىء حكمه حكم ذلك الشىء فجعل حكمهما فى حق المنع من تعين الدراهم والدنانير حكم الشراء فلم يتعينا بالعقد والاشارة بل يتعينان بالقبض كما فى الشراء بخلاف الشركة فانها وان وقعت وسيلة الى الشراء لكن لا بد مع هذا من سبب يوجب تعين رأس المال لما مر ولا يمكن جعل القبض معينا لرأس المال لانه لا وجه الى ايجاب القبض فيهما ليتعين رأس المال لان العمل فيهما مشروط من الشريكين وكون العمل مشروطا من رب المال يوجب أن يكون رأس المال فى يده ليمكنه العمل وكون عمل الآخر مشروطا يوجب التسليم اليه ليتمكن من العمل فلا يجب التسليم للتعارض ولا بد من سبب يوجب تعين ما تعلق به العقد وليس وراء القبض الا العقد فاذا لم يمكن ايجاب القبض جعل العقد موجبا تعينهما وان كان وسيلة الى الشراء لكن هذه الضرورة أوجبت استدراكه بحكم غير حكم ما جعل هو وسيلة له (فاما) فى الوكالة المفردة والمضاربة فعمل رب المال ليس بمشروط بل لو شرط ذلك فى المضاربة لأوجب فسادها فأمكن جعل القبض سببا للتعيين فلا حاجة الى جعل العقد سببا فلم يوجب العقد التعين الحاقا له بالشراء ثم اذا هلك أحد المالين قبل الشراء هلك من مال صاحبه لان الهالك مال ملكه أحدهما بيقين وانه أمانة فى يد صاحبه فيهلك على صاحبه خاصة بخلاف ما اذا كان رأس المالين من جنس واحد وخلطا ثم هلك انه يهلك مشتركا لانا لا نتيقن ان الهالك مال أحدهما والله عز وجل الموفق (ومنها) فوات المساواة بين رأسى المال فى شركة المفاوضة بالمال بعد وجودها فى ابتداء العقد لان وجود المساواة بين المالين فى ابتداء العقد كما هو شرط انعقاد هذا العقد على الصحة فبقاؤها شرط بقائها منعقدة لانها مفاوضة فى الحالين فلا بد من معناها فى الحالين وعلى هذا يخرج ما اذا تفاوضا والمال مستوى ثم ورث أحدهما ما لا تصح فيه الشركة من الدراهم والدنانير وصار ذلك فى يده انه تبطل المفاوضة لبطلان المساواة التى هى معنى العقد وان ورث عروضا لا تبطل وكذا لو ورث ديونا لا تبطل ما لم يقبض الديون لانها قبل القبض لا تصلح رأس مال الشركة وكذا لو ازداد أحد المالين على الآخر قبل الشراء بأن كان

احدهما

أحدهما دراهم والآخر دنانير فان زادت قيمة أحدهما قبل الشراء بطلت المفاوضة لما قلنا الا ان عقد الشركة يقف تمامه على الشراء فكان الموجود قبل الشراء كالموجود وقت العقد كالبيع لما كان تمامه بالقبض كان هلاك المبيع قبل القبض كهلاكه وقت العقد والزيادة وقت العقد تمنع من الانعقاد فاذا طرأ عليه يبطله قال محمد وكذلك لو اشترى بأحد المالين ثم ازداد الآخر لان الشركة لا تتم مالم يشتر بالمال فصار كان الزيادة كانت وقت العقد فان زاد المال المشتري في قيمته كانت المفاوضة بحالها لان تلك الزيادة تحدث على ملكهما لانها ربح في المال المشتري فلا يفضل أحدهما على الآخر قال محمد رحمه الله القياس اذا اشترى بأحد المالين قبل صاحبه انه تنتقض المفاوضة لان الالف التي لم يشتر بها بقيت على ملك صاحبها وقد ملك صاحبها نصف ما اشتراه الاخر فصار ماله أكثر فينبغي أن تبطل المفاوضة الا انهم استحسنوا وقالوا لا تبطل لان الذي اشترى وجب له على شريكه نصف الثمن دينا فلم يفضل المال فلا تبطل المفاوضة والله عز وجل أعلم

﴿ كتاب المضاربة ﴾

يحتاج في هذا الكتاب الى معرفة جواز هذا العقد والى معرفة ركنه والى معرفة شرائط الركن والى معرفة حكمه والى معرفة صفة العقد والى معرفة ما يبطل به ومعرفة حكمه اذا بطل والى بيان حكم اختلاف رب المال والمضارب (اما) الاول فالقياس انه لا يجوز لانه استئجار بأجر مجهول بل بأجر معدوم ولعمل مجهول لكنا تركنا القياس بالكتاب العزيز والسنة والاجماع (اما) الكتاب الكريم فقوله عز شأنه وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله والمضارب يضرب في الارض يبتغي من فضل الله عز وجل وقوله سبحانه وتعالى فاذا قضيتم الصلاة فانتشروا في الارض وابتغوا من فضل الله وقوله تعالى ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم (وأما) السنة فما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال كان سيدنا العباس بن عبد المطلب اذا دفع المال مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحرا ولا ينزل به واديا ولا يشتري به دابة ذات كبد رطبة فان فعل ذلك ضمن فبلغ شرطه رسول الله صلى الله عليه وسلم فأجاز شرطه وكذا بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يتعاقدون المضاربة فلم ينكر عليهم وذلك تقرير لهم على ذلك والتقرير أحد وجوه السنة (وأما) الاجماع فانه روي عن جماعة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم انهم دفعوا مال اليتيم مضاربة منهم سيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علي وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر وعبيد الله ابن عمر و وسيدتنا عائشة رضي الله تعالى عنهم ولم ينقل انه أنكر عليهم من أقرانهم أحد ومثله يكون اجماعا وروي ان عبد الله وعبيد الله ابني سيدنا عمر قدما العراق وأبو موسى الاشعري أمير بها فقال لهما لو كان عندي فضل لأكرمتكما ولكن عندي مال لبيت المال أدفعه اليكما فابتاعا به متاعا واحملاه الى المدينة وبيعاه وادفعا ثمنه الى أمير المؤمنين فلما قدما المدينة قال لهما سيدنا عمر رضي الله عنه هذا مال المسلمين فاجعلا ربحه لهم فسكت عبد الله وقال عبيد الله ليس لك ذلك لو هلك منا لضمننا فقال بعض الصحابة يا أمير المؤمنين اجعلهما كالمضاربين في المال لهما النصف ولبيت المال النصف فرضي به سيدنا عمر رضي الله عنه وعلى هذا تعامل الناس من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا في سائر الاعصار من غير انكار من أحد واجماع أهل كل عصر حجة فترك به القياس ونوع من القياس يدل على الجواز أيضا وهو ان الناس يحتاجون الى عقد المضاربة لان الانسان قد يكون له مال لكنه لا يهتدي الى التجارة وقد يهتدي الى التجارة لكنه لا مال له فكان في شرع هذا العقد دفع الحاجتين والله تعالى ما شرع العقود الا لمصالح العباد ودفع حوائجهم

﴿ فصل ﴾ وأما ركن العقد فالايجاب والقبول وذلك بألفاظ تدل عليهما فالايجاب هو لفظ المضاربة والمقارضة والمعاملة وما يؤدي معاني هذه الالفاظ بان يقول رب المال خذ هذا المال مضاربة على ان ما رزق الله عز وجل

أو أطعم الله تعالى منه من ربح فهو بيننا على كذا من نصف أو ربع أو ثلث أو غير ذلك من الاجزاء المعلومة وكذا اذا قال مقارضة أو معاملة ويقول المضارب أخذت أو رضيت أو قبلت ونحو ذلك فيتم الركن بينهما اما لفظ المضاربة فصريح مأخوذ من الضرب فى الارض وهو السير فيها سمى هذا العقد مضاربة لان المضارب يسير فى الارض ويسعى فيها لابتغاء الفضل وكذا لفظ المقارضة صريح فى عرف أهل المدينة لانهم يسمون المضاربة مقارضة كما يسمون الاجارة بيعاً ولان المقارضة مأخوذة من القرض وهو القطع سميت المضاربة مقارضة لما ان رب المال يقطع يده عن رأس المال ويجعله فى يد المضارب والمعاملة لفظ يشتمل على البيع والشراء وهذا معنى هذا العقد ولو قال خذ هذا المال واعمل به على ان ما رزق الله عز وجل من شئ فهو بيننا على كذا ولم يزد على هذا فهو جائز لانه أتى بلفظ يؤدى معنى هذا العقد والعبرة فى العقود لمعانيها لا لصور الالفاظ حتى ينعقد البيع بلفظ التمليك بلا خلاف وينعقد النكاح بلفظ البيع والهبة والتمليك عندنا وذكر فى الاصل لو قال خذ هذه الالف فابتع بها متاعا فما كان من فضل فلك النصف ولم يزد على هذا فقبل هذا كان مضاربة استحسانا والقياس ان لا يكون مضاربة (وجه) القياس انه ذكر الشراء ولم يذكر البيع ولا يتحقق معنى المضاربة الا بالشراء والبيع (وجه) الاستحسان انه ذكر الفضل ولا يحصل الفضل الا بالشراء والبيع فكان ذكر الابتياع ذكراً للبيع وهذا معنى المضاربة ولو قال خذ هذه الالف بالنصف ولم يزد عليه كان مضاربة استحسانا والقياس أن لا يكون لانه لم يذكر الشراء والبيع فلا يتحقق معنى المضاربة (وجه) الاستحسان انه لما ذكر الاخذ والاخذ ليس عملا يستحق به العوض وانما يستحق بالعمل فى المأخوذ وهو الشراء والبيع فتضمن ذكره ذكر الشراء والبيع ولو قال خذ هذا المال فاشتر به هرويا بالنصف أو رقيقاً بالنصف ولم يزد على هذا شيأ فاشترى كما أمره فهذا فاسد وللمشترى أجر مثل عمله فيما اشترى وليس له أن يبيع ما اشترى الا بأمر رب المال لانه ذكر الشراء ولم يذكر البيع ولا ذكر ما يوجب ذكر البيع ليحمل على المضاربة فحمل على الاستئجار على الشراء بأجر مجهول وذلك فاسد فاذا اشترى كما أمره فالمستأجر استوفى منافعه بعقد فاسد فاستحق أجر مثل عمله وليس له أن يبيع ما اشترى من غير اذن الآمر لانه أمره بالشراء لا بالبيع فكان المشترى له فلا يجوز بيعه من غير اذنه فان باع منه شيأ لا ينفذ بيعه من غير اجازة رب المال ويضمن قيمته ان لم يقدر على عينه لانه صار متلفاً مال الغير بغير اذنه وان أجاز رب المال البيع والمتاع قائم جاز والثمن لرب المال لان عدم الجواز لحقه فاذا أجاز فقد زال المانع وكذلك لو كان لا يدرى حاله انه قائم أو هالك فأجاز لان الاصل هو بقاء المبيع حتى يعلم هلاكه وانما شرط قيام المبيع لانه شرط صحة الاجازة لما عرف ان ما لا يكون محلا لانشاء العقد عليه لا يكون محلا لاجازة العقد فيه وان علم انه هالك فالاجازة باطلة لما ذكرناه وروى بشر عن أبى يوسف فى رجل دفع الى رجل ألف درهم ليشترى بها ويبيع فما ربح فهو بينهما فهذه مضاربة ولا ضمان على المدفوع اليه المال ما لم يخالف لانه لما ذكر الشراء والبيع فقد أتى بمعنى المضاربة وكذلك لو شرط عليه ان الوضيعة على وعليك فهذه مضاربة والربح بينهما والوضيعة على رب المال لان شرط الوضيعة على المضارب شرط فاسد فيبطل الشرط وتبقى المضاربة وروى عن على بن الجعد عن أبى يوسف لو ان رجلا دفع الى رجل ألف درهم ولم يقل مضاربة ولا بضاعة ولا قرضاً ولا شركة وقال ما ربحت فهو بيننا فهذه مضاربة لان الربح لا يحصل الا بالشراء والبيع فكان ذكر الربح ذكراً للشراء والبيع وهذا معنى المضاربة ولو قال خذ هذه الالف على ان لك نصف الربح أو ثلثه ولم يزد على هذا فالمضاربة جائزة قياساً واستحسانا وللمضارب ما شرط وما بقى فلرب المال والاصل فى جنس هذه المسائل ان رب المال انما يستحق الربح لانه نماء ماله لا بالشرط فلا يفتقر استحقاقه الى الشرط بدليل انه اذا فسد الشرط كان جميع الربح له والمضارب لا يستحق الا بالشرط لانه انما يستحق بمقابلة عمله والعمل لا يتقوم الا بالعقد اذا عرف هذا فنقول فى هذه المسئلة اذا سمى للمضارب جزأ معلوما من الربح فقد وجد فى حقه ما يفتقر اليه استحقاقه الربح فيستحقه والباقى يستحقه رب المال بماله ولو قال خذ هذا المال

مضاربة على ان لى نصف الربح ولم يزد على هذا فالقياس ان تكون المضاربة فاسدة وهو قول الشافعى رحمه الله ولكنها جائزة استحسانا و يكون للمضارب النصف (وجه) القياس ان رب المال لم يجعل للمضارب شيأ معلوما من الربح وانما سمى لنفسه النصف فقط وتسميته لنفسه لغو لعدم الحاجة اليها فكان ذكره والسكوت عنه بمنزلة واحدة وانما الحاجة الى التسمية فى حق المضاربة ولم يوجد فلا تصح المضاربة (وجه) الاستحسان ان المضاربة تقتضى الشركة فى الربح فكان تسمية أحد النصفين لنفسه تسمية الباقى للمضارب كأنه قال خذ هذا المال مضاربة على ان لك النصف كما فى ميراث الابوين فى قوله سبحانه وتعالى فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلامه الثلث لما كان ميراث الميت لابويه وقد جعل الله تعالى عز وجل للام منه الثلث كان ذلك جعل الباقى للاب كذا هذا ولو قال على ان لى نصف الربح ولك ثلثه ولم يزد على هذا فالثلث للمضارب والباقى لرب المال لما ذكرنا ان استحقاق المضارب الربح بالشرط واستحقاق رب المال لكونه من نماء ماله فاذا سلم المشروط للمضارب بالشرط يسلم المسكوت عنه وهو الباقى لرب المال لكونه من نماء ماله ولو قال رب المال على ان ما رزق الله عز وجل فهو بيننا جاز ذلك وكان الربح بينهما نصفين لان البين كلمة قسمة والقسمة تقتضى المساواة اذا لم يبين فيها مقدار معلوم قال الله تعالى عز شأنه ونبئهم أن الماء قسمة بينهم وقد فهم منها التساوى فى الشرب قال الله سبحانه وتعالى هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم هذا اذا شرط جزء من الربح فى عقد المضاربة لاحدهما اما المضارب واما رب المال وسكت عن الآخر فاما اذا شرط لهما ولغيرهما بان شرط فيه الثلث للمضارب والثلث لرب المال والثلث لثالث سواهما فان كان الثالث أجنبياً أو كان ابن المضارب وشرط عليه العمل جاز وكان الربح بينهم اثلاثا وان لم يشرط عليه العمل لم يجز وما شرط له يكون لرب المال لان الربح لا يستحق فى المضاربة من غير عمل ولا مال وصار المشروط له كالمسكوت عنه وان كان الثالث عبد المضارب فان كان عليه دين فكذلك عند أبى حنيفة رحمه الله ان شرط عمله لان المضارب لا يملك كسب عبده فكان كالاجنبى وان لم يشترط عمله فما شرطه فهو لرب المال لما ذكرنا فى الاجنبى وعند أبى يوسف ومحمد المشروط له يكون للمضارب لان المولى يملك كسبه عندهما كما يملك لو لم يكن عليه دين وان كان الثالث عبد رب المال فهو على هذا التفصيل أيضاً انه ان كان عليه دين فان شرط عمله فهو كالاجنبى عند أبى حنيفة لان المولى لا يملك اكسابه وان لم يشترط عمله فما شرط له فهو لرب المال لما قلنا وعندهما ما شرط له فهو مشروط لمولاه عمل أو لم يعمل لان المولى يملك كسب عبده كان عليه دين أو لا فان لم يكن على العبد دين ففى عبد المضارب الثلثان للمضارب والثلث لرب المال لانه اذا لم يكن عليه دين فالملك يثبت للمولى فكان المشروط له مشروطا للمولى وصار كأنه شرط للمضارب الثلثين وفى عبد رب المال الثلث للمضارب والثلثان لرب المال لان المشروط له يكون مشروطاً لمولاه اذا لم يكن عليه دين فصار كأن رب المال شرط لنفسه الثلثين وعلى هذا قالوا لو شرط ثلث الربح للمضارب والثلث لقضاء دين المضارب والثلث لرب المال ان الثلثين للمضارب والثلث لرب المال وكذا لو شرط ثلث الربح للمضارب والثلث لرب المال والثلث لقضاء دين رب المال ان الثلثين لرب المال والثلث للمضارب لان المشروط لقضاء دين كل واحد منهما مشروط له

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الركن فبعضها يرجع الى العاقدين وهما رب المال والمضارب و بعضها يرجع الى رأس المال و بعضها يرجع الى الربح (اما) الذى يرجع الى العاقدين وهما رب المال والمضارب فأهلية التوكيل والوكالة لان المضارب يتصرف بأمر رب المال وهذا معنى التوكيل وقد ذكر شرائط أهلية التوكيل والوكالة فى كتاب الوكالة ولا يشترط اسلامهما فتصح المضاربة بين أهل الذمة و بين المسلم والذمى والحربى المستأمن حتى لو دخل حربى دار الاسلام بأمان فدفع ماله الى مسلم مضاربة أو دفع اليه مسلم ماله مضاربة فهو جائز لان المستأمن فى دارنا بمنزلة الذمى والمضاربة مع الذمى مضاربة جائزة فكذلك مع الحربى المستأمن فان كان المضارب هو المسلم فدخل دار الحرب بأمان فعمل بالمال فهو جائز لانه دخل دار رب المال فلم يوجد بينهما اختلاف الدارين فصار كأنهما فى دار واحدة وان

كان المضارب هو الحربي فرجع الى داره الحربي فان كان بغير اذن رب المال بطلت المضاربة وان كان باذنه فذلك جائز و يكون على المضاربة و يكون الربح بينهما على ماشرطا ان رجع الى دار الاسلام مسلما أو معاهداً أو بأمان استحسانا والقياس ان تبطل المضاربة (وجه) القياس انه لما عاد الى دار الحرب بطل أمانه وعاد الى حكم الحرب كما كان فبطل أمر رب المال عند اختلاف الدارين فاذا تصرف فيه فقد تعدى بالتصرف فملك ما تصرف فيه (وجه) الاستحسان انه لما خرج بأمر رب المال صار كأن رب المال دخل معه ولو دخل رب المال معه الى دار الحرب لم تبطل المضاربة فكذا اذا دخل بأمره بخلاف ما اذا دخل بغير أمره لانه لما لم يأذن له بالدخول انقطع حكم رب المال عنه فصار تصرفه لنفسه فملك الامر به وقد قالوا في المسلم اذا دخل دار الحرب بأمان فدفع اليه حربي مالا مضاربة بمائة درهم انه على قياس قول أبي حنيفة ومحمد جائز فان اشترى المضارب على هذا وربح أو وضع فالوضيعة على رب المال والربح على ما اشترط و يستوفي المضارب مائة درهم والباقي لرب المال وان لم يكن في المال ربح الا مائة فهي كلها للمضارب وان كان أقل من مائة فذلك للمضارب أيضا ولا شئ للمضارب على رب المال لان رب المال لم يشترط المائة الا من الربح فاما على قول أبي يوسف فالمضاربة فاسدة وللمضارب أجر مثله وهذا فرع اختلافهم في جواز الربا في دار الحرب لما علم

(وأما) الذي يرجع الى رأس المال فأنواع (منها) أن يكون رأس المال من الدراهم أو الدنانير عند عامة العلماء فلا تجوز المضاربة بالعروض وعند مالك رحمه الله هذا ليس بشرط وتجوز المضاربة بالعروض والصحيح قول العامة لما ذكرنا في كتاب الشركة ان ربح مايتعين بالتعيين ربح مالم يضمن لان العروض تتعين عند الشراء بها والمعين غير مضمون حتى لو هلكت قبل التسليم لا شئ على المضارب فالربح عليها يكون ربح مالم يضمن ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح مالم يضمن ومالا يتعين يكون مضمونا عند الشراء به حتى لو هلكت العين قبل التسليم فعلى المشتري به ضمانه فكان الربح على ما في الذمة فيكون ربح المضمون ولان المضاربة بالعروض تؤدي الى جهالة الربح وقت القسمة لان قيمة العروض تعرف بالحزر والظن وتختلف باختلاف المقومين والجهالة تفضي الى المنازعة والمنازعة تفضي الى الفساد وهذا لا يجوز وقد قالوا انه لو دفع اليه عروضاً فقال له بعها واعمل بثمنها مضاربة فباعها بدراهم أو دنانير وتصرف فيها جاز لانه لم يضف المضاربة الى العروض وانما أضافها الى الثمن والثمن تصح به المضاربة فان باعها بمكيل أو موزون جاز البيع عند أبي حنيفة بناء على أصله في الوكيل بالبيع مطلقاً أنه يبيع بالاثمان وغيرها الا أن المضاربة فاسدة لانها صارت مضافة الى مالا تصح المضاربة به وهو الحنطة والشعير وأما على أصلهما فالبيع لا يجوز لان الوكيل بالبيع مطلقا لا يملك البيع بغير الاثمان ولا تفسد المضاربة لانها لم تصر مضافة الى مالا يصلح به رأس مال المضاربة (وأما) تبر الذهب والفضة فقد جعله في هذا الكتاب بمنزلة العروض وجعله في كتاب الصرف بمنزلة الدراهم والدنانير والامر فيه موكول الى التعامل فان كان الناس يتعاملون به فهو بمنزلة الدراهم والدنانير فتجوز المضاربة به وان كانوا لا يتعاملون به فهو كالعروض فلا تجوز المضاربة به (وأما) الزيوف والنبهرجة فتجوز المضاربة بها ذكره محمد رحمه الله لانها تتعين بالعقد كالجياد (وأما) الستوقة فان كانت لا تروج فهي كالعروض وان كانت تروج فهي كالفلوس وذكر ابن سماعة عن أبي يوسف في الدراهم التجارية لا تجوز المضاربة بها لانها كسدت عندهم وصارت سلعة قال ولو أجزت المضاربة بها أجزتها بمكة بالطعام لانهم يتبايعون بالحنطة كما يتبايع غيرهم بالفلوس (وأما) الفلوس فقد ذكرنا الكلام فيها في كتاب الشركة فالحاصل أن في جواز المضاربة بها روايتين عن أبي حنيفة ذكر محمد في المضاربة الكبيرة في الجامع الصغير وقال لا تجوز المضاربة الا بالدراهم والدنانير عند أبي حنيفة وروى الحسن عنه أنها تجوز والصحيح من مذهب أبي يوسف أنها لا تجوز وعند محمد تجوز بناء على أن الفلوس لا تتعين بالتعيين عنده فكانت أثمانا كالدراهم والدنانير وعند أبي حنيفة وأبي يوسف تتعين فكانت كالعروض (ومنها) أن يكون معلوما فان كان مجهولا لا تصح المضاربة لان جهالة رأس المال تؤدي الى جهالة الربح وكون الربح معلوما شرط صحة المضاربة (ومنها)

ان

أن يكون رأس المال عينا لا دينا فان كان دينا فالمضاربة فاسدة وعلى هذا يخرج ما اذا كان لرب المال على رجل دين فقال له اعمل بديني الذي في ذمتك مضاربة بالنصف أن المضاربة فاسدة بلا خلاف فان اشترى هذا المضارب وباع له ربحه وعليه وضيعته والدين في ذمته بحال عند أبي حنيفة وعندهما ما اشترى وباع لرب المال له ربحه وعليه وضيعته بناء على أن من وكل رجلا يشتري له بالدين الذي في ذمته لم يصح عند أبي حنيفة حتى لو اشترى لا يبرأ عما في ذمته عنده واذا لم يصح الامر بالشراء بما في الذمة لم تصح اضافة المضاربة الى ما في الذمة وعندهما يصح التوكيل ولكن لا تصح المضاربة لان الشراء يقع للموكل فتصير المضاربة بعد ذلك مضاربة بالعروض لانه يصير في التقدير كانه وكله بشراء العروض ثم دفعه اليه مضاربة فتصير مضاربة بالعروض فلا تصح ولو قال لرجل اقبض مالي على فلان من الدين واعمل به مضاربة جاز لان المضاربة هنا أضيفت الى المقبوض فكان رأس المال عينا لا دينا ولو أضاف المضاربة الى عين هي أمانة في يد المضارب من الدراهم والدنانير بان قال للمودع أو المستبضع اعمل بما في يدك مضاربة بالنصف جاز ذلك بلا خلاف وان أضافها الى مضمونة في يده كالدراهم والدنانير المغصوبة فقال للغاصب اعمل بما في يدك مضاربة بالنصف جاز ذلك عند أبي يوسف والحسن بن زياد وقال زفر لا يجوز (وجه) قوله أن المضاربة تقتضي كون المال أمانة في يد المضارب والمغصوب مضمون في يده فلا يتحقق التصرف للمضاربة فلا يصح ولابي يوسف أن ما في يده مضمون الى ان يأخذ في العمل فاذا أخذ في العمل وهو الشراء تصير أمانة في يده فيتحقق معنى المضاربة فتصح وسواء كان رأس المال مفروزا أو مشاعا بان دفع مالا الى رجل بعضه مضاربة و بعضه غير مضاربة مشاعا في المال فالمضاربة جائزة لان الاشاعة لا تمنع من التصرف في المال فان المضارب يتمكن من التصرف في المشاع وكذا الشركة لا تمنع المضاربة فان المضارب اذا ربح يصير شريكا في المال و يجوز تصرفه بعد ذلك على المضاربة فاذا لم يمنع البقاء لا يمنع الابتداء وعلى هذا يخرج ما اذا دفع الى رجل ألف درهم فقال نصفها عليك قرض ونصفها مضاربة ان ذلك جائز أما جواز المضاربة فلما قلنا وأما جواز القرض في المشاع وان كان القرض تبرعا والشياع يمنع صحة التبرع كالهبة فلان القرض ليس بتبرع مطلق لانه وان كان في الحال تبرعا لانه لا يقابله عوض للحال فهو تمليك المال بعوض في الثاني الا ترى ان الواجب فيه رد المثل لا رد العين فلم يكن تبرعا من كل وجه فلا يعمل فيه الشيوع بخلاف الهبة فانها تبرع محض فعمل الشيوع فيها واذا جاز القرض والمضاربة كان نصف الربح للمضارب لانه ربح ملكه وهو القرض ووضيعته عليه والنصف الآخر بينه و بين رب المال على ما شرطا لانه ربح مستفاد بمال المضاربة ووضيعته على رب المال ولا تجوز قسمة أحدهما دون صاحبه لانه مال مشترك بينهما فلا ينفرد أحد الشريكين بقسمته قالوا ولو كان قال له خذ هذه الالف على أن نصفها قرض عليك على أن تعمل بالنصف الآخر مضاربة على أن الربح لي فهذا مكروه لانه شرط لنفسه منفعة في مقابلة القرض وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جر نفعا فان عمل على هذا فربح أو وضع فالربح بينهما نصفان وكذا الوضيعة (أما) الربح فلان المضارب ملك نصف المال بالقرض فكان نصف الربح له والنصف الآخر بضاعة في يده فكان ربحه لرب المال (وأما) الوضيعة فلانها جزء هالك من المال والمال مشترك فكانت الوضيعة على قدره ولو قال خذ هذه الالف على أن نصفها مضاربة بالنصف ونصفها هبة فقبضها المضارب على ذلك غير مقسوم فالهبة فاسدة لانها هبة المشاع فيما يحتمل القسمة فان عمل في المال فربح كان نصف الربح للمضارب حصة الهبة ونصف الربح بينهما على ما شرطا والوضيعة عليهما أما نصف الربح للمضارب حصة الهبة فلانه يثبت الملك له فيه اذا قبض بعقد فاسد فكان ربحه له وأما النصف الآخر فانما يكون ربحه بينهما على الشرط لانه استفيد بمال المضاربة مضاربة صحيحة (وأما) كون الوضيعة عليهما فلانها جزء هالك من المال والمال مشترك فان هلك المال في يد المضارب قبل أن يعمل أو بعد ما عمل فهو ضامن لنصف المال وهو الهبة لانه مقبوض بعقد فاسد فكان مضمونا عليه كالمقبوض ببيع فاسد ولو كان دفع نصف المال بضاعة ونصفه مضاربة

فقبضه المضارب على ذلك فهو جائز والمال على ماسميامن المضاربة والبضاعة والوضيعة على رب المال ونصف الربح لرب المال ونصفه على ماشرطالان الاشاعة لاتمنع من العمل فى المال مضاربة وبضاعة وجازت المضاربة والبضاعة وانما كانت الوضيعة على رب المال لانه لاضمان على المبضع والمضارب فى البضاعة والمضاربة وحصة البضاعة من الربح لرب المال خاصة لان المبضع لا يستحق الربح وحصة المضاربة بينهما على ماشرطالانه ربح حصل من مال المضاربة والمضاربة قد صحت فيكون بينهما على الشرط ولو دفع اليه على أن نصفها وديعة فى يدالمضارب ونصفها مضاربة بالنصف فذلك جائز والمال فى يدالمضارب على ماسميالان كل واحدمنهما أعنى الوديعة والمضاربة أمانة فلا يتنافيان فكان نصف المال فى يدالمضارب وديعة ونصفه مضاربة الاأن التصرف لايجوزالا بعدالقسمة لان كل جزء من المال بعضه مضاربة وبعضه وديعة والتصرف فى الوديعة لايجوز فان قسم المضارب المال نصفين ثم عمل باحد النصفين على المضاربة فربح أووضع فالوضيعة عليه وعلى رب المال نصفان ونصف الربح للمضارب ونصفه على ماشرطالان قسمة المضارب المال لم تصح لان المالك لم يأذن له فيها فاذاافرز بعضه فقد تصرف فى مال الوديعة ومال المضاربة فما كان فى حصة الوديعة فهو غصب فيكون ربحه للغاصب وما كان فى حصة المضاربة فهو على الشرط ومن هذا الجنس مااذادفع الى رجل متاعافباع نصفه من المدفوع اليه بخمسماية ثم أمره أن يبيع النصف الباقى ويعمل بالثمن كله مضاربة على أن مارزق الله تعالى من شئ فهو بيننا نصفان فباع المضارب نصف المتاع بخمسمائة ثم عمل بها وبالخمسمائة التى عليه فربح فى ذلك أووضع فالوضيعة عليهما نصفان والربح بينهما نصفان فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله لان من مذهبه أن من كان له على رجل دين فأمره أن يشترى له بذلك الدين شيأ لا يصح والمشترى يكون للمأمور لا للآمر ويكون الدين على المأمور حالة واذا كان كذلك فهٰهنا أمره أن يعمل بالدين وبنصف ثمن المتاع فمارج فى حصة الدين فهو للمدفوع اليه لانه تصرف فى ملك نفسه فيكون ربحه له ومارج فى نصيب الدافع فهو للدافع والوضيعة عليهما لان المال مشترك بينهما فكان الهالك بينهما (وأما) فى قياس قول أبى يوسف ومحمد فقدار مارج فى الخمسمائة التى أمره أن يبيع نصف المتاع بها فهو بينهما نصفان على ماشرطا وما ربح فى النصف الذى عليه من الدين يكون لرب المال لان من أصلهما أن الامر بالشراء بالدين يصح وتكون المضاربة فاسدة لانه اذا اشترى صار عروضا والمضاربة بالعروض لا تصح فصارت المضاربة ههنا جائزة فى النصف فاسدة فى النصف فالربح فى الصحيحة يكون بينهما على الشرط وفى الفاسدة يكون لرب المال ولو شرط الدافع لنفسه الثلث وللمضارب الثلثين والمسئلة بحالها فان فى قول أبى حنيفة ثلثا الربح للمضارب على ما اشترطا نصف الربح من نصيب المضارب خاصة والسدس من نصيب الدافع كانه قال له اعمل فى نصيبك على ان الربح لك واعمل فى نصيبى على ان لك ثلث الربح من نصيبى (واما) على قياس قولهما فقد دفع اليه نصفه مضاربة جائزة ونصفه مضاربة فاسدة فمارج فى النصف الذى كان دينا فهو لرب المال لانه مضاربة فاسدة ومارج فى النصف الذى هو ثمن المتاع فالربح بينهما على ماشرطا فصار لرب المال ثلثا الربح وللمضارب الثلث وان كان شرط لرب المال ثلثى الربح والمضارب الثلث فالربح بينهما نصفان فى قول أبى حنيفة لان رب المال شرط النصف من نصيب نفسه والزيادة من نصيب المضارب وشرط الزيادة من غير عمل ولا رأس مال باطل فيكون الربح على قدر المال وفى قياس قولهما نصف الربح لرب المال خاصة لان المضاربة فيه فاسدة وللمضارب ثلث ربح النصف الآخر (ومنها) تسليم رأس المال الى المضارب لانه أمانة فلا يصح الا بالتسليم وهو التخلية كالوديعة ولا يصح مع بقاء يد الدافع على المال لعدم التسليم مع بقاء يده حتى لو شرط بقاء يد المالك على المال فسدت المضاربة لما قلنا فرق بين هذا وبين الشركة فانها تصح مع بقاء يد رب المال على ماله والفرق أن المضاربة انعقدت على رأس مال من أحد الجانبين وعلى العمل من الجانب الآخر ولا يتحقق العمل الا بعد خروجه من يد رب المال فكان هذا شرطاً موافقا مقتضى العقد بخلاف الشركة لانها انعقدت على العمل من الجانبين فشرط زوال يد رب المال عن العمل يناقض

مقتضى العقد وكذا لو شرط فى المضاربة عمل رب المال فسدت المضاربة سواء عمل رب المال معه أو لم يعمل لان شرط عمله معه شرط بقاء يده على المال وأنه شرط فاسد ولو سلم رأس المال الى رب المال ولم يشترط عمله ثم استعان به على العمل أو دفع اليه المال بضاعة جاز لان الاستعانة لا توجب خروج المال عن يده وسواء كان المالك عاقداً أو غير عاقد لا بد من زوال يد رب المال عن ماله لتصح المضاربة حتى ان الاب أو الوصى اذا دفع مال الصغير مضاربة وشرط عمل الصغير لم تصح المضاربة لان يد الصغير باقية لبقاء ملكه فتمنع التسليم وكذلك أحد شريكى المفاوضة أو العنان اذا دفع مالا مضاربة وشرط عمل شريكه مع المضارب لان لشريكه فيه ملكا فيمنع التسليم (فاما) العاقد اذا لم يكن مالكا للمال فشرط أن يتصرف فى المال مع المضارب فان كان ممن يجوز أن يأخذ مال المالك مضاربة لم تفسد المضاربة كالاب والوصى اذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرطا أن يعملا مع المضارب بجزء من الربح لانهما لو أخذا مال الصغير مضاربة بانفسهما جاز فكذا اذا شرطا عملهما مع المضارب وصار كالاجنبى وان كان العاقد ممن لا يجوز أن يأخذ مال المالك مضاربة فشرط عمله فسد العقد كالمأذون اذا دفع مالا مضاربة وشرط عمله مع المضارب لان المأذون وان لم يكن مالكا لرقبة المال فيد التصرف ثابتة له عليه فينزل منزلة المالك فيما يرجع الى التصرف فكان قيام يده مانعا من التسليم والقبض فيمنع صحة المضاربة وان شرط المأذون عمل مولاه مع المضارب ولا دين عليه فالمضاربة فاسدة لان المولى هو المالك للمال حقيقة فاذا حصل المال فى يده فقد وجد يد المالك فيمنع التسليم وان كان عليه دين فالمضاربة جائزة فى قول أبى حنيفة رحمه الله لان المولى لا يملك هذا المال فصار كالاجنبى (وأما) المكاتب اذا شرط عمل مولاه لم تفسد المضاربة لان المولى لا يملك اكساب مكاتبه وهو فيها كالاجنبى ولو دفع الى انسان مالا مضاربة وأمره أن يعمل برأيه ودفعه المضارب الاول الى آخر مضاربة على أن يعمل المضارب معه أو يعمل معه رب المال فالمضاربة فاسدة لان اليد للمضارب والملك للمولى وكل ذلك يمنع من التسليم وقد قالوا فى المضارب اذا دفع المال الى رب المال مضاربة بالثلث فالمضاربة الثانية فاسدة والمضاربة الاولى على حالها جائزة والربح بين رب المال و بين المضارب على ما شرطا فى المضاربة الاولى ولا أجر لرب المال (أما) فساد المضاربة الثانية فلان يد رب المال يد ملك و يد الملك مع يد المضارب لا يجتمعان فلا تصح المضاربة الثانية و بقيت المضاربة الاولى على حالها ولم يذكر القدورى رحمه الله فى شرحه مختصر الكرخى خلافا وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى أن هذا مذهب أصحابنا الثلاثة وعند زفر رحمه الله تنفسخ المضاربة الاولى بدفع المال الى رب المال والرد عليه (وجه) قوله أن زوال يد رب المال شرط صحة المضاربة فكانت اعادة يده اليه مفسدة لها (ولنا) أن رب المال يصير معينا للمضارب والاعانة لا توجب اخراج المال عن يده فيبقى العقد الاول ولا أجر لرب المال لانه عمل فى ملك نفسه فلا يستحق الاجر (وأما) الذى يرجع الى الربح فانواع (منها) اعلام مقدار الربح لان المعقود عليه هو الربح وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد ولو دفع اليه ألف درهم عن أنهما يشتركان فى الربح ولم يبين مقدار الربح جاز ذلك والربح بينهما نصفان لان الشركة تقتضى المساواة قال الله تعالى عز شأنه وهم شركاء فى الثلث ولو قال على أن للمضارب شركا فى الربح جاز فى قول أبى يوسف والربح بينهما نصفان وقال محمد المضاربة فاسدة (وجه) قول محمد أن الشركة هى النصيب قال الله تعالى أم لهم شرك فى السموات أى نصيب وقال تعالى وما لهم فيهما من شرك أى نصيب فقد جعل له نصيباً من الربح والنصيب مجهول فصار الربح مجهولا (وجه) قول أبى يوسف أن الشرك بمعنى الشركة يقال شركته فى هذا الامر اشركه شركة وشركا قال القائل

وشاركنا قريشاً فى بقاها * وفى أحسابها شرك العنان

ويذكر بمعنى النصيب أيضا لكن فى الحمل على الشركة تصحيح للعقد فيحمل عليها (ومنها) أن يكون المشروط لكل واحد منهما من المضارب ورب المال من الربح جزأ شائعاً نصفاً أو ثلثاً أو ربعاً فان شرطا عددا مقدرا بان

شرطاأن يكون لاحدهما مائة درهم من الربح أو أقل أو أكثر والباقي للآخر لا يجوز والمضاربة فاسدة لان المضاربة نوع من الشركة وهي الشركة في الربح وهذا شرط يوجب قطع الشركة في الربح لجواز أن لا يربح المضارب الا هذا القدر المذكور فيكون ذلك لاحدهما دون الآخر فلا تتحقق الشركة فلا يكون التصرف مضاربة وكذلك ان شرطا أن يكون لاحدهما النصف أو الثلث ومائة درهم أو قالا الا مائة درهم فانه لا يجوز كما ذكرنا أنه شرط يقطع الشركة في الربح لانه اذا شرط الاحدهما النصف ومائة فمن الجائز أن يكون الربح مائتين فيكون كل الربح للمشروط له واذا شرط له النصف الا مائة فمن الجائز أن يكون نصف الربح مائة فلا يكون له شئ من الربح ولو شرطا في العقد أن تكون الوضيعة عليهما بطل الشرط والمضاربة صحيحة والاصل في الشرط الفاسد اذا دخل في هذا العقد أنه ينظر ان كان يؤدي الى جهالة الربح يوجب فساد العقد لان الربح هو المعقود عليه وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد وان كان لا يؤدي الى جهالة الربح يبطل الشرط وتصح المضاربة وشرط الوضيعة عليهما شرط فاسد لان الوضيعة جزء هالك من المال فلا يكون الا على رب المال لانه يؤدي الى جهالة الربح فلا يؤثر في العقد فلا يفسد به العقد ولان هذا عقد تقف صحته على القبض فلا يفسده الشرط الزائد الذي لا يرجع الى المعقود عليه كالهبة والرهن ولانها وكالة والشرط الفاسد لا يعمل في الوكالة وذكر محمد في المضاربة اذا قال رب المال للمضارب لك ثلث الربح وعشرة دراهم في كل شهر ما عملت في المضاربة صحت المضاربة من الثلث وبطل الشرط وذكر في المزارعة اذا دفع اليه أرضه بثلث الخارج وجعل له عشرة دراهم في كل شهر فالمزارعة باطلة من أصحابنا من قال في المسئلة روايتان رواية كتاب المزارعة تقتضي فساد المضاربة لان المشروط للمضارب من المشاهرة معقود عليه وهو قطع عنه الشركة وهذا يفسد المضاربة وفي رواية كتاب المضاربة يقتضي أن تصح المضاربة لانه عقد على ربح معلوم ثم الحق به شرطا فاسدا فيبطل الشرط وتصح المضاربة والصحيح هو الفرق بين المسئلتين لان معنى الاجارة في المزارعة أظهر منه في المضاربة بدليل أنها لا تصح الا بمدة معلومة والمضاربة لا تفتقر صحتها الى ذكر المدة فالشرط الفاسد جاز أن يؤثر في المزارعة ولا يؤثر في المضاربة وعلى هذا الاصل قال محمد فيمن دفع ألفا مضاربة على أن الربح بينهما نصفين على أن يدفع اليه رب المال أرضه ليزرعها سنة أو دارا ليسكنها سنة فالشرط باطل والمضاربة صحيحة لانه الحق بها شرطا فاسدا لا تقتضيه فبطل الشرط ولو كان المضارب هو الذي شرط عليه أن يدفع أرضه ليزرعها رب المال سنة أو يدفع داره الى رب المال ليسكنها سنة فسدت المضاربة لانه جعل نصف الربح عوضا عن عمله وعن أجرة الدار والارض فصارت حصة العمل مجهولة بالعقد فلم يصح العقد وروى المعلى عن أبي يوسف في رجل دفع مالا الى رجل مضاربة على أن يبيع في دار رب المال أو على أن يبيع في دار المضارب كان جائزا ولو شرطا أن يسكن المضارب دار رب المال أو رب المال دار المضارب فهذا لا يجوز لانه اذا شرط البيع في أحد الدارين فانما خص البيع بمكان دون مكان ولم يعقد على منافع الدار واذا شرط للمضارب السكنى فقد جعل تلك المنفعة أجرة له وأطلق أبو يوسف أنه لا يجوز ولم يذكر انه لا يجوز الشرط أو لا تجوز المضاربة وذكر القدوري رحمه الله أنه ينبغي أن يكون الفساد في الشرط لا في المضاربة ولو شرط جميع الربح للمضارب فهو قرض عند أصحابنا وعند الشافعي رحمه الله هي مضاربة فاسدة وله أجرة مثل ما اذا عمل (وجه) قوله أن المضاربة عقد شركة في الربح فشرط قطع الشركة فيها يكون شرطا فاسدا (ولنا) أنه اذا لم يمكن تصحيحها مضاربة تصحح قرضا لانه أتى بمعنى القرض والعبرة في العقود لمعانيها وعلى هذا اذا شرط جميع الربح لرب المال فهو ابضاع عندنا لوجود معنى الابضاع

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم المضاربة فالمضاربة لا تخلو اما أن تكون صحيحة أو فاسدة ولكل واحد منهما أحكام أما أحكام الصحيحة فكثيرة بعضها يرجع الى حال المضارب في عقد المضاربة وبعضها يرجع الى عمل المضارب مالكل واحد منهما أن يعمله وما ليس له أن يعمله وبعضه يرجع الى ما يستحقه المضارب بالعمل وما يستحقه رب

المال

للمال بالمال (أما) الذي يرجع الى حال المضارب في عقد المضاربة فهو أن رأس المال قبل أن يشتري المضارب به شيأ أمانة في يده بمنزلة الوديعة لانه قبضه باذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة فاذا اشترى به شيأ صار بمنزلة الوكيل بالشراء والبيع لانه تصرف في مال الغير بامره وهو معنى الوكيل فيكون شراؤه على المعروف وهو أن يكون بمثل قيمته أو بما يتغابن الناس في مثله كالوكيل بالشراء وبيعه على الاختلاف المعروف في الوكيل بالبيع المطلق ولو اشترى شراء فاسدا يملك اذا قبض لا يكون مخالفا ويكون الشراء على المضاربة وكذا اذا باع شيأ من مال المضاربة بيعا فاسدا لا يصير مخالفا ولا يضمن لان المضاربة توكيل والوكيل بالشراء والبيع مطلقا يملك الصحيح والفاسد فلا يصير مخالفا فاذا ظهر في المال ربح صار شريكا فيه بقدر حصته من الربح لانه ملك جزأ من المال المشروط بعمله والباقي لرب المال لانه نماء ماله فاذا فسدت بوجه من الوجوه صار بمنزلة الاجير لرب المال فاذا خالف شرط رب المال صار بمنزلة الغاصب ويصير المال مضمونا عليه ويكون ربح المال كله بعد ما صار مضمونا عليه له لان الربح بالضمان لكنه لا يطيب له في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبي يوسف رحمه الله يطيب له وهو على اختلافهم في الغاصب والمودع اذا تصرفا في المغصوب والوديعة وربحا ولو أراد رب المال أن يجعل المال مضمونا على المضارب فالحيلة في ذلك أن يقرض المال من المضارب ويشهد عليه ويسلمه اليه ثم يأخذ منه مضاربة بالنصف أو بالثلث ثم يدفعه الى المستقرض فيستعين به في العمل حتى لو هلك في يده كان القرض عليه واذا لم يهلك وربح يكون الربح بينهما على الشرط وحيلة أخرى أن يقرض رب المال جميع المال من المضارب الا درهما واحدا ويسلمه اليه ويشهد على ذلك ثم انهما يشتركان في ذلك شركة عنان على أن يكون رأس مال المقرض درهما ورأس مال المستقرض جميع ما استقرض على أن يعملا جميعاً وشرطا أن يكون الربح بينهما ثم بعد ذلك يعمل المستقرض خاصة في المال فان هلك المال في يده كان القرض على حاله ولو ربح كان الربح بينهما على الشرط (وأما) الذي يرجع الى عمل المضارب مما له أن يعمله بالعقد وما ليس له أن يعمل به فجملة الكلام فيه أن المضاربة نوعان مطلقة ومقيدة فالمطلقة أن يدفع المال مضاربة من غير تعيين العمل والمكان والزمان وصفة العمل ومن يعامله والمقيدة أن يعين شيأ من ذلك وتصرف المضارب في كل واحد من النوعين ينقسم أربعة أقسام قسم منه للمضارب أن يعمله من غير الحاجة الى التنصيص عليه ولا الى قول اعمل برأيك فيه وقسم منه ما ليس له أن يعمل ولو قيل له اعمل فيه برأيك الا بالتنصيص عليه وقسم منه ما له أن يعمله اذا قيل له اعمل فيه برأيك وان لم ينص عليه وقسم منه ما ليس له أن يعمله رأسا وان نص عليه (وأما) القسم الذي للمضارب أن يعمله من غير التنصيص عليه ولا قول اعمل برأيك كالمضاربة المطلقة عن الشرط والقيد وهي ما اذا قال له خذ هذا المال واعمل به على أن ما رزق الله من ربح فهو بيننا على كذا أو قال خذ هذا المال مضاربة على كذا فله أن يشتري به ويبيع لانه أمره بعمل هو سبب حصول الربح وهو الشراء والبيع وكذا المقصود من عقد المضاربة هو الربح والربح لا يحصل الا بالشراء والبيع الا أن شراءه يقع على المعروف وهو أن يكون بمثل قيمة المشترى أو باقل من ذلك مما يتغابن الناس في مثله لانه وكيل وشراء الوكيل يقع على المعروف فان اشترى بما لا يتغابن الناس في مثله كان مشتريا لنفسه لا على المضاربة بمنزلة الوكيل بالشراء (وأما) بيعه فعلى الاختلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه رضي الله تعالى عنهم في التوكيل بمطلق البيع أنه يملك البيع نقدا ونسيئة وبغبن فاحش في قول أبي حنيفة رحمه الله فالمضارب أولى لان المضاربة أعم من الوكالة وعندهما لا يملك البيع بالنسيئة ولا بما لا يتغابن الناس في مثله وهي من مسائل كتاب الوكالة وله أن يشتري ما بدا له من سائر أنواع التجارات في سائر الامكنة مع سائر الناس لاطلاق العقد وله أن يدفع المال بضاعة لان الابضاع من عادة التجار ولان المقصود من هذا العقد هو الربح والابضاع طريق الى ذلك ولانه يملك الاستئجار فالابضاع أولى لان الاستئجار استعمال في المال بعوض والابضاع استعمال فيه بغير عوض فكان أولى وله أن يودع لان الايداع من عادة التجار ومن ضرورات التجارة وله أن

يستأجر من يعمل في المال لانه من عادة التجار وضرورات التجارة أيضا لان الانسان قد لا يتمكن من جميع الاعمال بنفسه فيحتاج الى الاجير وله أن يستأجر البيوت ليجعل المال فيها لانه لا يقدر على حفظ المال الا به وله أن يستأجر السفن والدواب للحمل لان الحمل من مكان الى مكان طريق يحصل الربح ولا يمكنه النقل بنفسه وله أن يوكل بالشراء والبيع لان التوكيل من عادة التجار ولانه طريق الوصول الى المقصود وهو الربح فكان بسبيل منه كالشريك ولان المضاربة أعم من الوكالة ويجوز أن يستفاد بالشئ ما هو دونه بخلاف الوكالة المفردة أن الوكيل لا يملك أن يوكل غيره بمطلق الوكالة الا اذا قيل له اعمل برأيك لان المقصود من ذلك ليس هو التجارة وحصول الربح بل ادخال المبيع في ملكه وكذا الوكالة الثانية مثل الاولى والشئ لا يستتبع مثله وكل ما للمضارب أن يعمل بنفسه فله أن يوكل فيه غيره وكل ما لا يكون له أن يفعله بنفسه لا يجوز فيه وكالته على رب المال لانه لما لم يملك أن يعمل بنفسه فبوكيله أولى وله أن يرهن بدين عليه في المضاربة من مال المضاربة وأن يرتهن بدين له منها على رجل لان الرهن بالدين والارتهان من باب الايفاء والاستيفاء وهو يملك ذلك فيملك الرهن والارتهان وليس له أن يرهن بعد نهي رب المال عن العمل ولا بعد موته لان المضاربة تبطل بالنهي والموت الا في تصرف ينضر به رأس المال والرهن ليس تصرفا ينضر به رأس المال فلا يملكه المضارب ولو باع شيأ وأخر الثمن جاز لان التأخير للثمن عادة التجار وأما على أصل أبي حنيفة عليه الرحمه فلان الوكيل بالبيع يملك تأخير الثمن فالمضارب أولى لان تصرفه أعم من تصرف الوكيل الا أن الوكيل بالبيع اذا أخر الثمن يضمن عندهما والمضارب لا يضمن لان المضارب يملك أن يستقبل ثم يبيع نسيئة فيملك التأخير ابتداء فلم يضمن فأما الوكيل فلا يملك الاقالة ثم البيع بالنسيئة فاذا أخر ضمن (وأما) عند أبي يوسف فانما جاز تأخير المضارب دون الوكيل لهذا المعنى أيضا وهو أن المضارب يملك أن يشتري السلعة أو يستقيل فيها ثم يبيعها نساء فيملك تأخير ثمنها والوكيل لا يملك ذلك وله أن يحتال بالثمن على رجل موسرا كان المحتال عليه أو معسرا لان الحوالة من عادة التجار لان الوصول الى الدين قد يكون أيسر من ذمة المحال عليه منه من ذمة المحيل بخلاف الوصي اذا احتال بمال اليتيم ان ذلك ان كان أصلح جاز والا فلا لان تصرف الوصي في مال اليتيم مبني على النظر وتصرف المضارب مبني على عادة التجار قال محمد وله أن يستأجر أرضا بيضاء ويشتري ببعض المال طعاما فيزرعه فيها وكذلك له أن يقبلها ليغرس فيها نخلا أو شجرا أو رطبا فذلك كله جائز والربح على ما شرطا لان الاستئجار من التجارة لانه طريق حصول الربح وكذا هو من عادة التجار فيملكه المضارب وللمضارب أن لا يسافر بالمال لان المقصود من هذا العقد استنماء المال وهذا المقصود بالسفر أوفر ولان العقد صدر مطلقا عن المكان فيجري على اطلاقه ولان مأخذ الاسم دليل عليه لان المضاربة مشتقة من الضرب في الارض وهو السير قال الله تبارك وتعالى وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله ولانه طلب الفضل وقد قال الله تعالى عز شأنه وابتغوا من فضل الله وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف في رواية محمد عنه وفي رواية أصحاب الاملاء عنه ليس له أن يسافر وروى عنه أنه فرق بين الذي يثبت في وطنه وبين الذي لا يثبت وبين ماله حمل ومؤنة وبين ما لا حمل له ولا مؤنة في الشركة فالمضارب على ذلك وقد ذكرنا وجه كل واحد من ذلك في كتاب الشركة وقد قال أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله انه اذا دفع اليه المال بالكوفة وهما من أهلها فان أبا حنيفة قال ليس له أن يسافر بالمال ولو كان الدفع في مصر آخر غير الكوفة فللمضارب أن يخرج به حيث شاء وقد ذكرنا وجه الرواية المشهورة في كتاب الشركة (واما) وجه رواية أبي يوسف عنه فهو ان المسافرة بالمال مخاطرة به فلا يجوز الا باذن رب المال نصا أو دلالة فاذا دفع المال اليه في بلدهما فلم يأذن له بالسفر نصا ولا دلالة لم يكن له أن يسافر واذا دفع اليه في غير بلدهما فقد وجد دلالة الاذن بالرجوع الى الوطن لان العادة ان الانسان لا يأخذ المال مضاربة ويترك بلده فكان دفع المال في غير بلدهما رضا بالرجوع الى الوطن فكان اذنا دلالة وله أن يأذن لعبيد المضاربة بالتجارة في ظاهر الرواية لان الاذن بالتجارة

من

من التجارة ومن عادة التجار أيضا وروى ابن رستم عن محمد انه لا يملك ذلك باطلاق المضاربة لان الاذن بالتجارة أعم من المضاربة فلا يستتبع ما هو فوقه وله أن يبيعهم اذا لحقهم دين سواء كان المولى حاضراً أو غائباً لان البيع فى الدين من التجارة فلا يقف على حضور المولى ولو جنى عبد المضاربة بأن قتل انسانا خطأ وقيمته مثل مال المضارب بأن كان رأس المال الف درهم فاشترى بها عبداً قيمته الف فقتل انسانا خطأ لا يخاطب المضارب بالدفع أو الفداء لان الدفع أو الفداء ليس من التجارة ولا ملك أيضا للمضارب فى رقبته لانعدام الفعل والتدبير فى جنايته الى رب المال لان رقبته خالص ملكه ولا ملك للمضارب فيها بخلاف عبد المأذون اذا جنى انه يخاطب المأذون بالدفع أو الفداء مع غيبة المولى لان العبد المأذون فى التصرف كالحر لانه يتصرف لنفسه كالحر بدليل انه لا يرجع بالعهدة على المولى ولو كان متصرفا للمولى لرجع بالعهدة عليه فلما لم يرجع دل انه يتصرف لنفسه وانما يظهر حق المولى فى كسبه عند فراغه عن حاجته فاذا تعلقت الجناية برقبته صارت مشغولة فلا يظهر حق المولى فيخاطب بالدفع كالحر (فأما) المضارب فانه وكيل رب المال فى التصرف حتى يرجع بالعهدة عليه والوكيل بالشراء لا يخاطب بحكم الجناية فهو الفرق بين المسئلتين فان اختار رب المال الدفع واختار المضارب الفداء فله ذلك لانه بالفداء يستبقى مال المضاربة وله فيه فائدة فى الجملة لتوهم الربح ولو دفع رب المال او فدى خرج العبد من المضاربة (أما) اذا دفع فلا شك فيه لان بالدفع زال ملكه لا الى بدل فصار كانه هلك واذا فدى فقد لزمه ضمان ليس من مقتضيات المضاربة ولان اختيار الفداء دليل رغبته فى عين العبد فلا يحصل المقصود من العقد وهو الربح لان ذلك بالبيع ولو كان قيمة العبد ألفين فجنى جناية خطأ لا يخاطب المضارب بالدفع أو الفداء اذا كان رب المال غائبا لما قلنا وليس لاصحاب الجناية على المضارب ولا على الغلام سبيل الا أن لهم أن يستوثقوا من الغلام بكفيل الى أن يقدم المولى وكذا لا يخاطب المولى بالدفع أو الفداء اذا كان المضارب غائبا وليس لاحدهما أن يفدى حتى يحضرا جميعا فان فدى كان متطوعا بالفداء فاذا حضرا دفعا أو فديا فان دفعا فليس لهما شئ وان فديا كان الفداء عليهما أرباعا وخرج العبد من المضاربة وهذا قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف حضور المضارب ليس بشرط ويخاطب المولى بحكم الجناية (وجه) قوله ان نصيب المضارب لم يتعين فى الربح لعدم تعين رأس المال لان التعيين بالقسمة ولم توجد فبقى المال على حكم ملك رب المال فكان هو المخاطب بحكم الجناية فلا يشترط حضور المضارب (ولهما) انه اذا كان فى المضاربة فضل كان للمضارب ملك فى العبد ولهذا لو أعتقه نفذ اعتاقه فى نصيبه واذا كان له نصيب فى العبد كان فداء نصيبه عليه فلا بد من حضوره (وأما) قوله ان حقه لم يتعين فى الربح لعدم تعيين رأس المال فممنوع بل تعين ضرورة لزوم الفداء فى نصيبه ولا يلزم الا بتعيين حقه ولا يتعين حقه الا بتعيين رأس المال ولا يتعين رأس المال الا بالقسمة فثبتت القسمة ضرورة فان اختار أحدهما الدفع والآخر الفداء فلهما ذلك لان كل واحد منهما مالك لنصيبه فصار كالعبد المشترك غير ان فى العبد المشترك اذا حضر أحد الشريكين وغاب الآخر يخاطب الآخر بحكم الجناية من الدفع أو الفداء وههنا لا يخاطب واحد منهما ما لم يحضرا جميعا لان تصرف أحدهما يتضمن قسمة لان المال لا يبقى على المضاربة بعد الدفع أو الفداء والقسمة لا تصح الا بحضرتهما والدفع أو الفداء من أحد الشريكين لا يتضمن قسمة ولا حكما فى حق الشريك الآخر فلا يقف على حضوره وهذا بخلاف العبد المرهون اذا كانت قيمته أكثر من الدين فجنى جناية خطأ انه يخاطب الراهن والمرتهن بحكم الجناية فان اختار أحدهما الدفع والآخر الفداء لم يكن لهما ذلك ويلزمهما أن يجتمعا على أحد الامرين لان الملك هناك واحد فاختلاف اختيارهما يوجب تبعيض موجب الجناية فى حق مالك واحد وهذا لا يجوز كالعبد الذى ليس برهن وهنا مالك العبد اثنان فلو اختلف اختيارهما لا يوجب ذلك تبعيض موجب الجناية فى حق مالك واحد وقد قالوا اذا غاب أحدهما وادعيت الجناية على العبد لم تسمع البينة حتى يحضرا لان كل واحد منهما له حق العبد فكان التدبير فى الجناية اليهما فلا يجوز سماع البينة على أحدهما مع غيبة الآخر وانما أخذ بالعبد كفيل لانه لا يؤمن عليه أن يغيب فيسقط

حق ولى الجناية لان حقه تعلق برقبته فكان له أن يستوثق حقه بكفيل وحقوق العقد فى الشراء والبيع ترجع الى المضارب لا الى رب المال لان المضارب هو العاقد فهو الذى يطالب بتسليم المبيع و يطالب بتسليم الثمن و يقبض المبيع والثمن و يرد بالعيب و يرد عليه و يخاصم و يخاصم لما قلنا ولو اشترى المضارب عبدا معيبا قد علم رب المال بعيبه ولم يعلم به المضارب فللمضارب أن يرده ولو كان علم بالعيب ولم يعلم به رب المال لم يكن للمضارب أن يرده لان حقوق العقد تتعلق بالمضارب لا برب المال فيعتبر علم المضارب لا علم رب المال ولو اشترى عبدا فظهر به عيب فقال رب المال بعد الشراء رضيت بهذا العبد بطل الرد لان الملك لرب المال فاذا رضى به فقد أبطل حق نفسه ولو أن رب المال دفع اليه ألف درهم مضاربة على أن يشترى بها عبد فلان بعينه ثم يبيعه فاشتراه المضارب و لم يره فليس له أن يرده بخيار الرؤية ولا بخيار العيب لان أمره بالشراء بعد العلم رضا منه بذلك العيب فكانه قال بعد الشراء قد رضيت بخلاف ما اذا أمره بشراء عبد غير معين لانه لا يعلم انه يشترى العبد المعيب لا محالة حتى يكون علمه دلالة الرضا به وهل له أن يأخذ بالشفعة فى دار اشتراها أجنبى الى جنب دار المضارب أو باع رب المال دار النفسه والمضارب شفيعها بدار أخرى من المضاربة ففيه تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى ولو دفع المال الى رجلين مضاربة فليس لاحدهما أن يبيع و يشترى بغير اذن صاحبه ولا يعمل أحدهما شيأ مما للمضارب الواحد أن يعمله سواء قال لهما اعملا برأيكما أو لم يقل لانه رضى برأيهما ولم يرض برأى أحدهما فصارا كالوكيلين واذا أذن له الشريك فى شىء من ذلك جاز فى قولهم جميعا لانه لما أذن له فقد اجتمع رأيهما فصار كأنهما عقدا جميعا (وأما) القسم الذى ليس للمضارب أن يعمله الا بالتنصيص عليه فى المضاربة المطلقة فليس له أن يستدين على مال المضاربة ولو استدان لم يجز على رب المال و يكون دينا على المضارب فى ماله لان الاستدانة اثبات زيادة فى رأس المال من غير رضا رب المال بل فيه اثبات زيادة ضمان على رب المال من غير رضاه لان ثمن المشترى برأس المال فى باب المضاربة مضمون على رب المال بدليل أن المضارب لو اشترى برأس المال ثم هلك المشترى قبل التسليم فان المضارب يرجع الى رب المال بمثله فلو جوزنا الاستدانة على المضاربة لألزمناه زيادة ضمان لم يرض به وهذا لا يجوز ثم الاستدانة هى أن يشترى المضارب شيأ بثمن دين ليس فى يده من جنسه حتى انه لو لم يكن فى يده شىء من رأس المال من الدراهم والدنانير بأن كان اشترى برأس المال سلعة ثم اشترى شيأ بالدراهم أو الدنانير لم يجز على المضاربة وكان المشترى له عليه ثمنه من ماله لانه اشترى بثمن ليس فى يده من جنسه فكان مستدينا على المضاربة فلم تجز على رب المال وجاز عليه لان الشراء وجد نفاذا عليه كالوكيل بالشراء اذا خالف وسواء كان اشترى بثمن حال أو مؤجل لانه لما اشترى بما ليس فى يده من جنسه صار مستدينا على المضاربة وهو لا يملك ذلك ولو كان ما فى يد المضارب من العبد أو العرض يساوى رأس المال أو أكثر فاشترى شيأ للمضاربة بالدراهم والدنانير ليبيع العرض و يؤدى ثمنه منها لم يجز سواء كان الثمن حالا أو مؤجلا لما ذكرنا انه استدانة ولو باع ما فى يده من العرض بالدراهم والدنانير وحصل ذلك فى يده قبل حل الاجل لم ينتفع بذلك لانه لما خالف فى حالة الشراء لزمه الثمن وصارت السلعة له لانه لم يملك الشراء للمضاربة فوقع العقد له فلا يصير بعد ذلك للمضاربة وكذا اذا قبض المضارب مال المضاربة ليس له أن يشترى بأكثر من رأس المال الذى فى يده لان الزيادة تكون دينا وليس فى يده من مال المضاربة ما يؤديه حتى لو اشترى سلعة بألفى درهم ومال المضاربة ألف كانت حصة الالف من السلعة المشتراة للمضاربة وحصة ما زاد على الالف للمضارب خاصة له ربح ذلك وعليه وضيعته والزيادة دين عليه فى ماله لانه يملك الشراء بالالف ولا يملك الشراء بما زاد عليها للمضاربة و يملك الشراء لنفسه فوقع له وكذا اذا قبض المضارب رأس المال وهو قائم فى يده فليس له أن يشترى للمضاربة بغير الدراهم والدنانير من المكيل والموزون والمعدود والثوب الموصوف المؤجل اذا لم يكن فى يده شىء من ذلك لان الشراء بغير المال يكون استدانة على المال ولو كان فى يده من مال المضاربة مكيل أو موزون فاشترى ثوبا أو عبدا بمكيل أو

موزون

موزون موصوف فى الذمة كان المشترى للمضارب لان فى يده من جنسه فلم يكن استدانة ولو كان فى يده دراهم فاشترى سلعة بدراهم نسيئة لم يكن استدانة لان فى يده من جنسه ولو كان فى يده دراهم فاشترى بدنانير أو كان فى يده دنانير فاشترى بدراهم فالقياس أن لا يجوز على رب المال وهو قول زفر وفى الاستحسان يجوز (وجه) القياس ان الدراهم والدنانير جنسان مختلفان حقيقة فقد اشترى بما ليس فى يده من جنسه فيكون استدانة كما لو اشترى بالعروض (وجه) الاستحسان ان الدراهم والدنانير عند التجار كجنس واحد لانهما أثمان الاشياء بهما تقدر النفقات وأروش الجنايات وقيمة المتلفات ولا يتعذر نقل كل واحد منهما الى الآخر فكانا بمنزلة شىء واحد فكان مشتريا بثمن فى يده من جنسه وكذلك لو اشترى بثمن هو من جنس رأس المال لكنه يخالفه فى الصفة بان اشترى بدراهم بيض ورأس المال دراهم سود أو اشترى بصحاح ورأس المال غلة أو اشترى بدراهم سود ورأس المال دراهم بيض أو اشترى بدراهم غلة ورأس المال صحاح فذلك جائز على المضاربة وقال زفر لا يجوز شىء من ذلك على المضاربة ويكون استدانة ويجعل اختلاف الصفة كاختلاف الجنس وقال محمد ان اشترى بما صفته انقص من صفة رأس المال جاز وهذا يشير الى أنه لو اشترى بما صفته أزيد من صفة رأس المال انه لا يجوز على المضاربة (ووجهه) انه اذا اشترى بما صفته أنقص من صفة رأس المال كان فى يده ذلك القدر الذى اشترى به ذلك القدر وزيادة فجاز واذا اشترى بما صفته أكمل لم يكن فى يده القدر الذى اشترى به فلا يجوز على المضارب والصحيح قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لانه لما جاز عند اختلاف الجنس فلان يجوز عند اختلاف الصفة أولى لان تفاوت الصفة دون تفاوت الجنس ولو كان رأس المال الف درهم فاشترى سلعة بالف أو بدنانير أو بفلوس قيمة ذلك الف لا يملك أن يشترى بعد ذلك على الف المضاربة شيأ بالف أخرى أو غير ذلك لان مال المضاربة كان مستحقا بالثمن الاول فلو اشترى بعد ذلك لصار مستدينا على مال المضاربة فلا يملك ذلك فان اشترى عليها أولا عبدا بخمسمائة لا يملك بعد ذلك أن يشترى الا بقدر خمسمائة لان الخمسمائة خرجت من المضاربة وكذلك كل دين يلحق رأس المال لان ذلك صار مستحقا من رأس المال فيخرج القدر المستحق من المضاربة فاذا اشترى باكثر مما بقى صار مستدينا على مال المضاربة فلا يصح ولو باع المضارب واشترى وتصرف فى مال المضاربة فحصل فى يده صنوف من الاموال من المكيل والموزون والمعدود وغير ذلك من سائر الاموال ولم يكن فى يده دراهم ولا دنانير ولا فلوس فليس له أن يشترى متاعا بثمن ليس فى يده مثله من جنسه وصفته وقدره بان اشترى عبدا بكر حنطة موصوفة فان اشترى بكر حنطة وسط وفى يده الوسط أو بكر حنطة جيدة وفى يده جاز وان كان فى يده أجود مما اشترى به أو أدون لم يكن للمضاربة وكان للمضارب لانه اذا لم يكن فى يده مثل الثمن صار مستدينا على المضاربة فلا يجوز وليس اختلاف الصفة هنا كاختلاف الصفة فى الدراهم لان اختلاف الجنس هناك بين الدراهم والدنانير لا يمنع الجواز فاختلاف الصفة أولى لانه دونه واختلاف الجنس هنا يمنع الجواز فكذا اختلاف الصفة ثم فى جميع ما ذكرنا أنه لا يجوز من المضارب الاستدانة على رب المال يستوى فيه ما اذا قال رب المال اعمل برأيك أو لم يقل لان قوله اعمل برأيك تفويض اليه فيما هو من المضاربة والاستدانة لم تدخل فى عقد المضاربة فلا يملكها المضارب الا باذن رب المال بها نصا ثم كما لا يجوز للمضارب الاستدانة على مال المضاربة لا يجوز له الاستدانة على اصلاح مال المضاربة حتى لو اشترى المضارب بجميع مال المضاربة ثيابا ثم استأجر على حملها أو على قصارتها أو نقلها كان متطوعا فى ذلك كله لانه اذا لم يبق فى يده شىء من رأس المال صار بالاستئجار مستدينا على المضاربة فلم يجز عليها فصار عاقدا لنفسه متطوعا فى مال الغير كما لو حمل متاعا لغيره أو قصر ثيابا لغيره بغير أمره وقال محمد وكذلك اذا صبغها سودا من ماله فنقصها ذلك لان الاستدانة لا تجوز ولا يصير شريكا بالسواد لانه لم يوجب فى العين زيادة بل أوجب نقصانا فيها ولا يضمن بفعله سواء قال له اعمل برأيك أو لم يقل لانه مأذون فيه بعقد المضاربة بدليل أنه لو كان فى يده فضل فصبغ الثياب به سودا

فنقصها ذلك لم يضمن وكذلك اذا صبغها بمال نفسه ولو صبغ المتاع بعصفر أو زعفران أو صبغ يزيد فيها وليس فى يده من مال المضاربة شيء فان كان لم يقل اعمل برأيك فهو ضامن ورب المال بالخيار ان شاء ضمنه قيمة متاعه يوم صبغه وسلم اليه المتاع وان شاء ترك المتاع حتى يباع فيتصرف فيه رب المال بقيمته أبيض وتصرف المضارب بما زاد الصبغ فيه لان الصبغ عين مال قائم فما أصاب المتاع فهو مال المضاربة وما زاد الصبغ فللمضارب خاصة لان الصبغ استدانة على المال وذلك لا يجوز فصار الصبغ من غير المضاربة والمضارب اذا خلط مال نفسه بمال المضاربة ولم يقل له اعمل برأيك يضمن وصار كأجنبي خلط المال ولو صبغ الثياب أجنبي كان للمالك الخيار ان شاء ضمنه قيمتها وان شاء تركها على الشركة وتضاربا بثمنها على الشركة كذا هذا وان كان قال له اعمل برأيك فلا ضمان عليه لانه اذا قال ذلك فله أن يخلط مال نفسه بمال المضاربة والصبغ على ماملكه فلا يضمن بخلطه وصار المتاع بينهما فاذا بيع المتاع قسم الثمن على قيمة الثوب أبيض فما أصاب ذلك كان فى المضاربة وما اصاب الصبغ كان للمضارب واذا أذن للمضارب أن يستدين على مال المضاربة جازله الاستدانة وما يستدينه يكون شركة بينهما شركة وجوه وكان المشترى بينهما نصفين لانه لا يمكن أن يجعل المشترى بالدين مضاربة لان المضاربة لا تجوز الا فى مال عين فتجعل شركة وجوه ويكون المشترى بينهما نصفين لان مطلق الشركة يقتضى التساوى وسواء كان الربح بينهما فى المضاربة نصفين أو أثلاثا لان هذه شركة على حدة فلا يبنى على حكم المضاربة وقد بينا فى كتاب الشركة أنه لا يجوز التفاضل فى الربح فى شركة الوجوه الا بشرط التفاضل فى الضمان فان شرطا التفاضل فى الضمان كان الربح كذلك وان أطلقا كان المشترى نصفين لا يجوز فيه التفاضل فى الربح واذا صارت هذه شركة وجوه صار الثمن ديناً عليهما من غير مضاربة فلا يملك المضارب أن يرهن به مال المضاربة الا باذن رب المال فان أذن له ان يرهن بجميع الثمن فقد أعاره نصف الرهن ليرهن بدينه وان هلك صار مضمونا عليه وليس له أن يقرض مال المضاربة لان القرض تبرع فى الحال اذ لا يقابله عوض للحال وانما يصير مبادلة فى الثانى ومال الغير لا يحتمل التبرع وكذلك الهبة والصدقة لان كل واحد منهما تبرع ولا يأخذ سفتجة لان أخذها استدانة وهو لا يملك الاستدانة وكذا لا يعطى سفتجة لان اعطاء السفتجة اقراض وهو لا يملك الاقراض الا بالتنصيص عليه هكذا قال محمد عن أبى حنيفة أنه قال ليس له أن يقرض ولا أن يأخذ سفتجة حتى يأمره بذلك بعينه فيقول له خذ السفاتج وأقرض ان أحببت فاما اذا قال له اعمل فى ذلك برأيك فانما هذا على البيع والشراء والشركة والمضاربة وخلط المال وهذا قول أبى يوسف وقولنا لما ذكرنا ان قوله اعمل فى ذلك برأيك تفويض الرأى اليه فى المضاربة والتبرع ليس من عمل المضاربة وكذا الاستدانة بل هى عند الاذن شركة وجوه وهى عقد آخر وراء المضاربة وهو انما فوض اليه الرأى فى المفاوضة خاصة لا فى عقد آخر لا تعلق له بها فلا يدخل فى ذلك وليس أن يشترى بما لا يتغابن الناس فى مثله وان قال له اعمل برأيك ولو اشترى يصير مخالفا لان المضاربة توكيل بالشراء والتوكيل بالشراء مطلقا ينصرف الى المتعارف وهو أن يكون بمثل القيمة أو بما يتغابن الناس فى مثله ولان الشراء بما لا يتغابن فى مثله محاباة والمحاباة تبرع والتبرع لا يدخل فى عقد المضاربة وليس له ان يعتق على مال لانه ازالة الملك عن الرقبة بدين فى ذمة المفلس فكان فى معنى التبرع ولأنه ليس بتجارة اذ التجارة مبادلة المال بالمال وهذا مبادلة العتق بالمال وليس له أن يكاتب لان الكتابة ليست بتجارة لانعدام مبادلة المال بالمال لهذا لا يملكه المأذون له فى التجارة وليس له ان يعتق عبداً من المضاربة اذا لم يكن فى نفس العبد فضل عن رأس المال فان اعتق لم ينفذ لان العقد السابق لا يفيده ولانه لا يملك الاعتاق على مال وفيه معنى المبادلة فالاعتاق بغير مال أولى ولا ملك للمضارب فى العبد مما لا ينفذ اعتاقه وسواء كان فى يد المضارب مال آخر سوى العبد أو لم يكن لان العبد اذا كان بقدر رأس المال لا فضل فيه لم يتعين للمضارب فيه حق لانه مشغول برأس المال بدليل أنه لو هلك ذلك المال يصير العبد رأس المال وان كان فى نفس العبد المعتق فضل عن رأس المال جاز اعتاقه فى قدر حصته من الربح لانه اذا كان قيمته أكثر من رأس

المال

المال فقد تعين للمضارب فيه ملك فينفذ اعتاقه فى قدر نصيبه كعبد بين شريكين اعتقه أحدهما وكذلك ان كاتب عبداً من المضاربة أو أعتقه على مال ولم يكن فيه فضل أنه لم يجز وان كان فيه فضل كان كعبد بين شريكين أعتقه أحدهما على مال فاذا قبل العبد عتق عليه نصيبه وكان رب المال بالخيار ولرب المال فسخ الكتابة قبل الاداء لانه لا يتضرر به فى الحال وفى الثانى أما فى الحال فلا يمتنع عليه بيع نصيبه وهبته ما دام شئ منه فكذا هذا (وأما) الثانى فلانه لو أدى وعتق نفسه يفسد الباقى على رب المال فأكد دفع هذا الضرر بالفسخ لان الكتابة قابلة للفسخ فله أن يفسخ كأحد الشريكين اذا باع حصته من بيت معين من دار مشتركة بينهما كان لشريكه نقض بيعه وان باع ملك نفسه لما أن الشريك يتضرر بنفاذ هذا البيع فانه متى أراد أن يقسم الدار يحتاج الى قسمين قسمة البيت مع المشترى وقسمة بقية الدار مع الشريك الاول ويتضرر فكان له نقض البيع دفعا للضرر عنه فكذا هذا بخلاف ما اذا دبر المضارب نصيبه أو أعتق انه ينفذ وان كان يتضرر به رب المال لان الضرر انما يدفع اذا أمكن وهناك لا يمكن لان التدبير والاعتاق تصرفان لا يحتملان الفسخ بخلاف الكتابة فان أدى الكتابة قبل الفسخ عتق لوجود شرط العتق وهو الاداء الا أن لرب المال أن يأخذ مما أداه المكاتب قدر حصته من المؤدى لانه كسب عبد مشترك بينهما وكذلك اذا كان رأس المال ألف درهم فاشترى بها المضارب عبدين قيمة كل واحد منهما ألف فاعتق أحدهما انه لا يجوز اعتاقه عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يجوز اعتاقه فى نصيبه منهما لان رأس المال ليس الا الالف فما زاد على ذلك يكون ربحا ويكون للمضارب فيه نصيب فينفذ اعتاقه فى نصيبه (ولنا) انه لم يتعين للمضارب ملك فى أحد العبدين لان كل واحد منهما يجوز أن يكون رأس المال والآخر ربحا فليس أحدهما بأن يجعل رأس المال والآخر ربحا أولى من القلب فيجعل كل واحد منهما كان ليس معه غيره ولان حق المضارب لا يتعين فى الربح قبل تعين رأس المال ورأس المال لم يتعين الا بتعيين ملك المضارب فى الربح وكذلك لو كان فى يد المضارب عشرون عبدا قيمة كل واحد منهم ألف درهم ورأس المال ألف درهم انه لا يجوز عتقه فى واحد منهم لانه لا يتعين للمضارب فى واحد منهم ملك لان كل واحد منهم يصلح أن يكون هو رأس المال فاذا لم يملك شيأ منهم لا ينفذ اعتاقه من مشايخنا من قال هذا على أصل أبى حنيفة ان العبيد والجوارى لا يقسمون قسمة واحدة بل كل شخص يقسم على حدة لان العبيد والجوارى بمنزلة أجناس مختلفة من سائر الاموال ولا يتعين للمضارب ملك فى الاجناس المختلفة من العروض ونحوها فأما على أصل أبى يوسف ومحمد انهم يقسمون قسمة واحدة بمنزلة الدواب فظهر الربح فينفذ اعتاقه فى قدر نصيبه من الربح وقال بعض مشايخنا ان هذا بالاتفاق لان عندهما انما يقسم القاضى قسمة واحدة اذا رأى القاضى ذلك فاما قبل ذلك فلا بل العبيد بمنزلة الاجناس المختلفة لهذا لا يصح التوكيل بشراء عبد بدون بيان الثمن بالاتفاق كالتوكيل بشراء ثوب لهذا ولو كانت العبيد للخدمة بين اثنين لا تجب على أحدهما صدقة الفطر بسببهم فى عامة الروايات والاصل ان مال المضاربة اذا كان من جنس واحد وفيه فضل عن رأس المال انه يضم بعضه الى بعض ويتعين نصيب المضارب فيما زاد على رأس المال واذا كان من جنسين مختلفين كل واحد منهما مثل رأس المال لا يضم أحدهما الى الآخر فلا يتعين للمضارب فى أحدهما ملك لاشتغال كل واحد منهما برأس المال وقد قالوا فى هذه المسئلة ان رب المال لو أعتق العبيد نفذ اعتاقه فى جميعهم لانه اذا لم يتعين للمضارب فى واحد منهم ملك نفذ على رب المال فاذا أعتقهم بلفظة واحدة عتقوا ويضمن حصة المضارب فيهم سواء كان موسرا أو معسرا (أما) الضمان فلان المضارب وان لم يملك شيأ من العبيد فقد كان له حق ان يملك وقد أفسده عليه رب المال فيضمن وانما استوى فيه اليسار والاعسار لانه أعتق الكل مباشرة ونفذ اعتاقه فى الكل فصار متلفا المال عليه بخلاف ضمان العتق لانه يعتق نصيب المعتق ابتداء ثم يسرى الى نصيب الشريك على أصل أبى يوسف ومحمد لذلك اختلف فيه اليسار والاعسار وكذلك لو اشترى المضارب عبدا من مال المضاربة فادعى انه ابنه انه ان لم يكن فيه فضل لم تجز دعوته وان

كان فيه فضل جازت دعوته وعتق لان هذه دعوة تحرير وانها مبنية على الملك فاذا لم يكن فيه فضل فازدادت قيمة رأس المال بعد ذلك فظهر فيه فضل جازت دعوته وعتق عليه وكان كعبد بين اثنين عتق على أحدهما نصيبه بغير فعله بان ورث نصيبه وانما كان كذلك لانه لما ادعى النسب ولا ملك له فى الحال كانت دعوته موقوفة على الملك فاذا ازدادت قيمته فقد ملك جزأ منه فنفذت دعوته فيه كمن ادعى النسب فى ملك غيره ثم ملك انه تنفذ دعوته بخلاف ما اذا أعتقه ثم ازدادت قيمته انه لا ينفذ اعتاقه لان انشاء الاعتاق فى ملك الغير لا يتوقف كمن أعتق ملك غيره ثم ملكه ولا ضمان على المضارب فى ذلك لان العبد عتق من غير صنعه لانه عتق بزيادة القيمة والعبد المشترك اذا عتق على أحد الشريكين بغير فعله لا يضمن للشريك شيأ ولو اشترى أمة قيمتها ألف ورأس المال ألف فولدت ولدا يساوى ألفا فادعى الولد لا يكون ولده ولا تكون الام أم ولد له لانه ليس لاحدهما فضل على رأس المال هكذا ذكر الكرخى وذكر القدورى رحمه الله ان هذا محمول على انها علقت قبل أن يشتريها فاما اذا كان العلوق بعد الشراء فحكم المسئلة يتغير لان المضارب يغرم العقر مائة فاذا استوفاها رب المال منه جعل المستوفى من رأس المال فينتقص رأس المال وصار تسعمائة فيتعين للمضارب ملك فيهما جميعا فنفذت دعوته ويثبت النسب واذا ثبت النسب ضمن المضارب من قيمة الام سبعمائة حتى يستوفى رب المال تمام رأس ماله ثم يغرم خمسين درهما وهو تمام ما بقى من الام فظهر ان الولد ربح بينهما فيعتق نصف الولد من المضارب به ويسعى فى النصف لرب المال قال عيسى بن أبان ان هذا الجواب هو الصحيح وذكر محمد فى الاصل مسئلة أخرى طعن فيها عيسى وهو ما اذا اشترى جارية بألف درهم تساوى ألفا فولدت ولدا يساوى ألفا فادعاه المضارب لم يثبت نسبه ويغرم العقر فان زادت قيمة الولد حتى صارت ألفين يثبت النسب من المضارب لانه ملك بعضه لظهور الربح فى الولد بزيادة قيمته فيعتق ربعه عليه ولا ضمان عليه لانه عتق بزيادة القيمة ولا صنع له فيها ويسعى العبد فى ثلاثة أرباع قيمته لرب المال والجارية على حالها لم تصر أم ولد للمضارب ما لم يستوف رب المال العقر والسعاية لان المضارب لا يظهر له الربح فى الجارية حتى يصل الى رب المال شئ من المال فلا يملك شيأ منها ولا صحة للاستيلاد بدون الملك ولو لم تزد قيمة الولد ولكن زادت قيمة الام فصارت ألفين فان الجارية أم ولد له لظهور الربح فيها بزيادة قيمتها وعلى المضارب ثلاثة أرباع قيمتها لرب المال وان لم يكن له صنع فيها لان ضمانها ضمان تملك لهذا استوى فيه اليسار والاعسار فيستوى أن يكون بفعله أو من طريق الحكم ولا يثبت نسب الولد من المضارب لانه لم يملك من الولد شيأ ما لم يأخذ رب المال شيأ من رأس ماله ولو زادت قيمتهما جميعا فصارت قيمة كل واحد منهما ألف درهم يثبت نسب الولد وتصير الجارية أم ولد له لانه ملك بعض كل واحد منهما لانه ظهر الفضل فى كل واحد منهما بزيادة قيمته ويضمن المضارب لرب المال تمام قيمة الجارية ألفى درهم وعقر مائة درهم فظهر ان رب المال استوفى رأس ماله واستوفى من الربح ألفا ومائة وللمضارب أن يستوفى من ربح الولد مقدار ألف ومائة فعتق الولد منه بذلك المقدار وبقى من الولد مقدار تسعمائة ربح بينهما لان لكل واحد منهما أربعمائة وخمسون فما أصاب المضارب عتق وما أصاب رب المال سعى فيه الولد قال عيسى هذا الجواب خطأ والصحيح أن يقال يضمن المضارب من الام ثلاثة أرباع قيمتها ونصف العقر وبقى الولد بحاله بينهما يسعى فى نصف قيمته لرب المال ويسقط عنه النصف بحصة المضارب قال القدورى رحمه الله هذا الذى ذكره عيسى هو جواب محمد فى المسئلة التى قدمناها اذا لم تزد قيمة كل واحد منهما وعلى قياس ما قال محمد فى المسئلة الزيادة تجب أن يقول اذا لم تزد قيمتها ينبغى أن يغرم المضارب الفا ومائة ثم يستوفى المضارب من الولد مائة وبقى تسعمائة بينهما فمن أصحابنا من قال القياس ما أجاب به فى المسئلة التى لم تزد القيمة فيها ووجهه ان المضارب لا يغرم بعد ما غرم تمام رأس ماله الا نصف ما بقى من الام لان نصف ما بقى من الام ربح بينهما فلا يجوز أن يغرم الكل والذى أجاب به فى مسئلة الزيادة هو الاستحسان لان فى غرم تمام قيمة الجارية تكثير العتق والعتق والرق اذا اجتمعا غلبت الحرية

الرق

الرق ومن أصحابنا من قال انما افترقت المسئلتان لوصفهما لان سبب العتق فى مسئلة الزيادة زيادة قيمة الولد وفى المسئلة الاخرى سبب العتق قبض رب المال العقر فلما شارك رب المال المضارب فى سبب عتقه أن يجتمع ربحه فى الجارية (وأما) فى المسئلة الاخرى لما كان عتقه بسبب الزيادة صرف نصيب رب المال الى الجارية لان المضارب قد ملكها وقد قيل أيضا ان فى تلك المسئلة انما قصد تكثير العتق وفى المسئلة الاخرى اذا لم تزد القيمة لا يتبين تكثير العتق لان الفضل فيما بينهما مقدار نصف العشر فلا يتبين بذلك المقدار تكثير العتق وقد قالوا فى المضارب اذا اشترى جارية بألف فولدت ولدا يساوى ألفا فادعاه رب المال ثبت النسب وعتق الولد وصارت الجارية أم ولد له وانتقضت المضاربة ولا ضمان عليه لان دعوته صادفت ملكه فثبت النسب واستندت الدعوة الى وقت العلوق ولا قيمة للولد فى ذلك الوقت ولا فضل فى المال فلا تجب عليه القيمة ولا العقر لانه وطئ ملك نفسه وليس له أن يزوج عبدا ولا أمة من مال المضاربة فى قول أبى حنيفة ومحمد عليهما الرحمة وعند أبى يوسف رحمه الله يزوج الامة ولا يزوج العبد وقد ذكرنا المسئلة فى موضع آخر وروى ابن رستم عن محمد انه ليس له أن يزوج أمة من المضاربة لانه لا يملك أن يشترى شيأ من مال المضاربة لنفسه فلا يملك أن يعقد على جارية المضاربة لنفسه فان تزوج باذن رب المال فهو جائز اذا لم يكن فى المال ربح وقد خرجت من المضاربة أما الجواز فلانه اذا لم يكن فى المال ربح لم يكن للمضارب فيها ملك وانما له حق التصرف وانه لا يمنع النكاح كالعبد المأذون (وأما) خروج الامة عن المضاربة فلان العادة ان من تزوج أمة حصنها ومنعها من الخروج والبروز والمضاربة تقتضى العرض على البيع وابرازها للمشترى وكان اتفاقهما على التزويج اخراجا اياها عن المضاربة ويحسب مقدار قيمتها من رأس المال لانه لما أخرجها من المضاربة صار كانه استرد ذلك القدر من رأس المال وقد قال الحسن بن زياد عن أبى حنيفة ان المضارب لا يملك أن يزوج أمة من المضاربة لعبد من المضاربة لان تصرف المضارب يختص بالتجارة والتزويج ليس من التجارة وذكر القدورى رحمه الله وقال ينبغى أن يكون هذا قولهم لان عند أبى يوسف ان كان يملك تزويج الامة لا يملك تزويج العبد ولو أخذ المضارب نخلا أو شجرا أو رطبة معاملة على أن ينفق من المال لم يجز على رب المال وان كان قال له رب المال حين دفع اليه اعمل فيه برأيك لان الاخذ منه معاملة عقد على منافع نفسه ومنافع نفس المضارب لا تدخل تحت عقد المضاربة فصار كما لو آجر نفسه للخدمة ولا يعتبر ما شرط من الانفاق لان ذلك ليس بمعقود عليه بل هو تابع للعمل كالخيط فى اجارة الخياط والصبغ فى الصباغة وكذا لا يعتبر قوله اعمل برأيك لما ذكرنا ان ذلك يفيد تفويض الرأى اليه فى المضاربة والمضاربة تصرف فى المال وهذا عقد على منافع نفسه ومنافع نفس المضارب لا يجوز أن يستحق بدلها رب المال ولو أخذ أرضا مزارعة على أن يزرعها فما خرج من ذلك كان نصفين فاشترى طعاما ببعض المزارعة فزرعه قال محمد هذا يجوز ان قال له اعمل برأيك وان لم يكن قال له اعمل برأيك لم يجز لانه يوجب حقا لرب الارض فى مال رب المال فيصير كانه شاركه بمال المضاربة وانه لا يملك الاشراك باطلاق العقد ما لم يقل اعمل برأيك فاذا قال ملك كذا هذا وقال الحسن بن زياد ان الارض والبذر والبقر اذا كان من قبل رب الارض والعمل على المضارب لم يكن ذلك على المضاربة بل يكون للمضارب خاصة لما ذكرنا انه عقد على منافع نفسه فكان له بدل منافع نفسه فلا يستحقه رب المال وكذلك اذا شرط البقر على المضارب لان العقد وقع على منفعته وانما البقر آلة العمل والآلة تبع ما لم يقع عليها العقد ولو دفع المضارب أيضا بغير بذر مزارعة جازت سواء قال اعمل برأيك أو لم يقل لانه لم يوجب شركة فى مال رب المال انما آجر أرضه والاجارة داخلة تحت عقد المضاربة والله عز وجل أعلم (وأما) القسم الذى للمضارب أن يعمله اذا قيل له اعمل برأيك وان لم ينص عليه فالمضاربة والشركة والخلط فله أن يدفع مال المضاربة مضاربة الى غيره وان يشارك غيره فى مال المضاربة شركة عنان وأن يخلط مال المضاربة بمال نفسه اذا قال له رب المال اعمل برأيك وليس له أن يعمل شيأ من ذلك اذا لم يقل له ذلك أما المضاربة فلان المضاربة مثل المضاربة

والشیٔ لا یستتبع مثله فلا یستفاد بمطلق عقد المضاربة مثله ولهذا لا یملك الوکیل التوکیل بمطلق العقد کذا هذا (وأما) الشرکة فهی أولی أن لا یملکها بمطلق العقد لانها أعم من المضاربة والشیٔ لا یستتبع مثله فما فوقه أولی (وأما) الخلط فلانه یوجب فی مال رب المال حقا لغیره فلا یجوز الا باذنه وان لم یقل له ذلك فدفع المضارب مال المضاربة مضاربة الی غیره فنقول لا یخلو من وجوه اما ان کانت المضاربتان صحیحتین واما ان کانتا فاسدتین واما ان کانت احداهما صحیحة والاخری فاسدة فان کانتا صحیحتین فان المال لا یکون مضمونا علی المضارب الاول بمجرد الدفع الی الثانی حتی لو هلك المال فی ید الثانی قبل أن یعمل یهلك امانة وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر یصیر مضمونا بنفس الدفع عمل الثانی أو لم یعمل واذا هلك قبل العمل یضمن وهو روایة عن أبی یوسف أیضا (وجه) قول زفر ان رب المال اذا لم یقل للمضارب اعمل برأیك لم یملك دفع المال مضاربة الی غیره فاذا دفع صار بالدفع مخالفا فصار ضامنا کالمودع اذا أودع (ولنا) ان مجرد الدفع ایداع منه وهو یملك ایداع مال المضاربة فلا یضمن بالدفع وروی الحسن عن أبی حنیفة رحمه الله انه لا ضمان علی الاول حتی یعمل به الثانی و یربح فاذا عمل به و ربح کان ضامنا حین ربح وان عمل فی المال فلم یربح حتی ضاع من یده فلا ضمان علیه وروی محمد عن أبی یوسف أنه لا ضمان علیه حتی یعمل الثانی فاذا عمل ضمن ربح الثانی أو لم یربح وهکذا روی ابن سماعة والفضل بن غانم عن أبی یوسف وهو قول محمد رحمه الله وذکر القاضی فی شرحه مختصر الطحاوی ان هذا ظاهر الروایة عن أبی حنیفة (وجه) قولهما انه لما عمل فقد تصرف فی المال بغیر اذن المالك فیتعین به الضمان سواء ربح أو لم یربح ولابی حنیفة لا سبیل الی التضمین بالدفع لانه ایداع وابضاع ولا بالعمل لانه ما لم یربح فهو فی حکم المبضع والمبضع لا یضمن بالعمل ولا یجوز أن یضمن بالشرط لانه مجرد قول ومجرد القول فی ملك الغیر لا یتعلق به ضمان لکنه اذا ربح فقد ثبت له شرکة فی المال باثبات المضارب الاول فصار الاول مخالفا فیضمن کما لو خلط مال المضاربة بغیره أو شارك به واذا وجب الضمان بالعمل والربح أو بنفس العمل علی اختلافهم فی ذلك فرب المال بالخیار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثانی أما علی أصل أبی یوسف ومحمد فی المودع اذا أودع فظاهر لوجود سبب وجوب الضمان من کل واحد منهما لان الاول تعدی بالدفع والثانی تعدی بالقبض فصار عندهما کالمودع اذا أودع وأما علی أصل أبی حنیفة فی مسئلة الودیعة فیحتاج الی الفرق لان الضمان عنده علی المودع الاول لا علی الثانی وفی مسئلة المضاربة أثبت له خیار تضمین الثانی لان المضارب الثانی یعمل فی المال لمنفعة نفسه وهی الربح فکان عاملا لنفسه فجاز أن یضمن والمودع الثانی لم یقبض لمنفعة نفسه بل لمنفعة الاول لحفظ الودیعة فلم یضمن فان ضمن المضارب الاول لا یرجع بما ضمن علی الثانی وصحت المضاربة بین الاول والثانی والربح علی ما شرطا لانه لما تقرر الضمان علی الاول فقد ملك المضمون وصار کانه دفع مال نفسه مضاربة الی الثانی فکان الربح علی ما شرطا لان الشرط قد صح وان ضمن الثانی رجع بما ضمن علی الاول وصار حاصل الضمان علی الاول لان الاول غره بالعقد فصار مغرورا من جهته فکان له أن یرجع علیه بما ضمن کمودع الغاصب وهو ضمان کفالة فی الحقیقة لان الاول التزم له سلامة المقبوض عن الضمان ولم یسلم له بخلاف الرهن وهو ما اذا غصب رجل شیأ فرهنه فهلك فی ید المرتهن فاختار المالك تضمین المرتهن انه یرجع علی الراهن بما ضمن ولا یصح عقد الرهن (ووجه) الفرق ان قبض المرهون شرط صحة الرهن ولما ضمن المرتهن تبین ان قبضه لم یصح فتبین ان الرهن لم یصح اذ لا صحة له بدون القبض فاما فی المضاربة فیضمن الثانی ابطال القبض بعد وجوده لان المضاربة عقد جائز فکان لبقائه حکم الابتداء کانه ابتدأ العقد بعد أداء الضمان فکان التضمین ابطال القبض بعد وجوده وذلك لا یبطل المضاربة ألا تری ان المضارب لو باع المال من رب المال لا تبطل المضاربة وان بطل قبضه ولو رد المرتهن الرهن علی الراهن یبطل الرهن لذلك افترقا وذکر ابن سماعة عن محمد انه یطیب الربح للاسفل ولا یطیب للاعلی علی قیاس قول أبی حنیفة علیه الرحمة لان استحقاق الاسفل بعمله ولا خطر فی عمله فیطیب له الربح فاما الاعلی

فانما

فانما يستحق الربح برأس المال والملك فى رأس المال انما حصل له بالضمان فلا يخلو عن نوع خبث فلا يطيب له وان كانتا فاسدتين فلا ضمان على واحد منهما لان الاول أجير فى مال المضاربة والثانى أجير الاول فصار كمن استأجر رجلا يعمل فى ماله فاستأجر الاجير رجلا وان كانت احداهما صحيحة والاخرى فاسدة فان كانت الاولى صحيحة والاخرى فاسدة فكذلك لا ضمان على واحد منهما وان عمل المضارب الثانى فى المال لان المضارب الثانى أجير الاول والاجير لا يستحق شيأ من الربح فلم يثبت له شركة فى رأس المال فلا يجب الضمان على الاول ولا على الثانى لانه لا ضمان على الاجير وله أجر مثل عمله على المضارب الاول وللمضارب الاول ماشرط له من الربح لوقوع المضاربة صحيحة وان كانت الاولى فاسدة والثانى صحيحة فكذلك لان الاول أجير فى مال المضاربة فلا حق له فى الربح فلم ينفذ شرطه فيه فلا يلزمه الضمان اذ الضمان انما يجب باثبات الشركة ويكون الربح كله لرب المال لانه ربح حصل فى مضاربة فاسدة وللمضارب الاول أجر مثله لان عمل الثانى وقع له فكأنه عمل بنفسه وللثانى على الاول مثل ماشرط له من الربح لانه عمل مضاربة صحيحة وقد سمى له أشياء فهو مستحق للغير فيضمن هذا اذا لم يقل له رب المال اعمل برأيك فاما اذا قال له اعمل برأيك فله أن يدفع مال المضاربة مضاربة الى غيره لانه فوض الرأى اليه وقد رأى أن يدفعه مضاربة فكان له ذلك ثم اذا عمل الثانى وربح كيف يقسم الربح فنقول جملة الكلام فيه ان رب المال لا يخلو اما ان كان أطلق الربح فى عقد المضاربة ولم يضفه الى المضارب بان قال على ان مارزق الله تعالى من الربح فهو بيننا نصفان أو قال ما أطعم الله تعالى من ربح فهو بيننا نصفان واما ان أضافه الى المضارب بان قال على ان مارزقك الله تعالى من الربح أو ما أطعمك الله عز وجل من ربح أو على ان ماربحت من شئ أو ما أصبت من ربح فان أطلق الربح ولم يضفه الى المضارب ثم دفع المضارب الاول المال الى غيره مضاربة بالثلث فربح الثانى فثلث جميع الربح للثانى لان شرط الاول للثانى قد صح لانه يملك نصف الربح فكان ثلث جميع الربح بعض ما يستحقه الاول فجاز شرطه للثانى فكان ثلث جميع الربح للثانى ونصفه لرب المال لان الاول لا يملك من نصيب رب المال شيأ فانصرف شرطه الى نصيبه لا الى نصيب رب المال فبقى نصيب رب المال على حاله وهو النصف وسدس الربح للمضارب الاول لانه لم يجعله للثانى فبقى له بالعقد الاول ويطيب له ذلك لان عمل المضارب الثانى وقع له فكأنه عمل بنفسه كمن استأجر انسانا على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر الاجير من خاطه بنصف درهم طاب له الفضل لان عمل أجيره وقع له فكأنه عمل بنفسه كذا هذا ولو دفع الى الثانى مضاربة بالنصف فنصف الربح للثانى ونصفه لرب المال ولا شئ للمضارب الاول لانه جعل جميع ما يستحقه وهو نصف الربح للثانى وصح جعله لانه مالك للنصف والنصف لرب المال بالعقد الاول وصار كمن استأجر رجلا على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر الاجير من خاطه بدرهم ولو دفعه اليه مضاربة بالثلثين فنصف الربح لرب المال ونصفه للمضارب الثانى ويرجع الثانى على الاول بمثل سدس الربح الذى شرطه له لان شرط الزيادة ان لم ينفذ فى حق رب المال لما لم يرض لنفسه بأقل من نصف الربح فقد صح فيما بين الاول والثانى لان الاول غر الثانى بتسمية الزيادة والغرور فى العقود من أسباب وجوب الضمان وهو فى الحقيقة ضمان الكفالة وهو ان الاول صار ملتزما سلامة هذا القدر للثانى ولم يسلم له فيغرم للثانى مثل سدس الربح ولا يصير بذلك مخالفا لان شرطه لم ينفذ فى حق رب المال فالتحق بالعدم فى حقه فلا يضمن وصار كمن استأجر رجلا لخياطة ثوب بدرهم فاستأجر الاجير من يخيطه بدرهم ونصف انه يضمن زيادة الاجرة كذا هذا ولو أضافه الى المضارب فدفعه الاول مضاربة الى غيره بالثلث أو بالنصف أو بالثلثين فجميع ماشرط للثانى من الربح يسلم له وماشرط للمضارب الاول من الربح يكون بينه وبين رب المال نصفين بخلاف الفصل الاول (ووجه) الفرق ان هنا شرط رب المال لنفسه نصف ما رزق الله تعالى للمضارب أو نصف ماربح المضارب فاذا دفع الى الثانى مضاربة بالثلث كان الذى رزق الله عز وجل المضارب الاول الثلثين فكان الثلث للثانى والثلثان بين رب المال وبين المضارب الاول نصفين لكل واحد منهما الثلث

واذادفع مضاربة بالنصف كان مارزقه الله تعالى للمضارب الاول النصف فكان النصف للثانى والنصف بينهما نصفين واذادفعه مضاربة بالثلثين كان الذى رزقه الله تعالى الثلث والثلثان للثانى والثلث بينهما لكل واحد منهما السدس وفى الفصل الاول رب المال انما شرط لنفسه نصف جميع مارزق الله تعالى ونصف جميع الربح وذلك ينصرف الى كل الربح وكذا له أن يخلط مال المضاربة بمال نفسه لانه فوض الرأى اليه وقد رأى الخلط واذاربح قسم الربح على المالين فربح ماله يكون له خاصة وربح مال المضاربة يكون بينهما على الشرط وكذا له أن يشارك غيره شركة عنان لما قلنا ويقسم الربح بينهما على الشرط لان الشرط قد صح واذا قسم الربح بينهما يكون مال المضاربة مع حصة المضارب من الربح فيستوفى منها رب المال رأس ماله وما فضل يكون بينهما على الشرط (وأما) القسم الذى ليس للمضارب أن يعمله أصلا ورأساً فشراء مالا يملك بالقبض ومالا يجوز بيعه فيه اذا قبضه (اما) الاول فنحو شراء الميتة والدم والخمر والخنزير وأم الولد والمكاتب والمدبر لان المضاربة تتضمن الاذن بالتصرف الذى يحصل به الربح والربح لا يحصل الا بالشراء والبيع فما لا يملك بالشراء لا يحصل فيه الربح وما يملك بالشراء لكن لا يقدر على بيعه لا يحصل فيه الربح أيضاً فلا يدخل تحت الاذن فان اشترى شيأ من ذلك كان مشتريا لنفسه لا للمضاربة فان دفع فيه شيأ من مال المضاربة يضمن وان اشترى ثوبا أو عبداً أو عرضاً من العروض بشئ مما ذكرنا سوى الميتة والدم فالشراء على المضاربة لان المبيع هنا مما يملك بالقبض ويجوز بيعه فكان هذا شراء فاسداً والاذن بالشراء المستفاد بعقد المضاربة يتناول الصحيح والفاسد (وأما) اذا كان الثمن ميتة أو دما فاشترى به لا يكون على المضاربة لان الميتة والدم لا تملك بالقبض أصلا (وأما) الثانى فنحو أن يشترى ذا رحم محرم من رب المال فلا يكون المشترى للمضاربة بل يكون مشتريا لنفسه لانه لو وقع شراؤه للمضاربة لعتق على رب المال فلا يقدر على بيعه بعد ذلك ولا يحصل المقصود من الاذن فلا يدخل تحت الاذن ولو اشترى ذا رحم محرم من نفسه فان لم يكن فى المال ربح فالشراء على المضاربة لانه لا ملك له فيه فيقدر على بيعه فيحصل المقصود وان كان فى المال ربح لم يكن الشراء على المضاربة لانه اذا كان فى المضاربة ربح يملك قدر نصيبه من الربح فيعتق ذلك القدر عليه فلا يقدر على بيعه ولا على بيع الباقى لانه معتق البعض ومالا يقدر على بيعه لا يكون للمضاربة لما قلنا (وأما) المضاربة المقيدة فحكمها حكم المضاربة المطلقة فى جميع ما وصفنا لا تفارقها الا فى قدر القيد والاصل فيه ان القيد ان كان مفيداً يثبت لان الاصل فى الشروط اعتبارها ما أمكن واذا كان القيد مفيداً كان يمكن الاعتبار فيعتبر لقول النبى عليه أفضل الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم فيتقيد بالمذكور ويبقى مطلقاً فيما وراءه على الاصل المعهود فى المطلق اذا قيد ببعض المذكور انه يبقى مطلقاً فيما وراءه كالعام اذا خص منه بعضه انه يبقى عاما فيما وراءه وان لم يكن مفيداً لا يثبت بل يبقى مطلقاً لان مالا فائدة فيه يلغو ويلحق بالعدم اذا عرفنا هذا فنقول اذا دفع رجل الى رجل مالا مضاربة على أن يعمل به فى الكوفة فليس له أن يعمل فى غير الكوفة لان قوله على ان من ألفاظ الشرط وانه شرط مفيد لان الاماكن تختلف بالرخص والغلاء وكذا فى السفر خطر فيعتبر وحقيقة الفقه فى ذلك ان الاذن كان عدماً وانما يحدث بالعقد فيبقى فيما وراء ما تناوله العقد على أصل العدم وكذا لا يعطيها بضاعة لمن يخرج بها من الكوفة لانه اذا لم يملك الاخراج بنفسه فلأن لا يملك الامر بذلك أولى وان أخرجها من الكوفة فان اشترى بها أو باع ضمن لانه تصرف لا على الوجه المأذون فصار فيه مخالفاً فيضمن وكان المشترى لنفسه له ربحه وعليه وضيعته لكن لا يطيب له الربح عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف يطيب وان لم يشتر بها شيأ حتى ردها الى الكوفة برئ من الضمان ورجع المال مضاربة على حاله لانه عاد الى الوفاق قبل تقرر الخلاف فيبرأ عن الضمان كالمودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق ولو لم يرده حتى هلك قبل التصرف لا ضمان عليه لانه لما لم يتصرف لم يتقرر الخلاف فلا يضمن ولو اشترى ببعضه ورد بعضه فما اشتراه فهو له وما رد رجع على المضاربة لانه تقرر الخلاف فى القدر المشترى وزال عن القدر المردود ولو دفع اليه على أن يعمل فى سوق الكوفة فعمل فى الكوفة فى غير

سوقها

سوقها فهو جائز على المضاربة استحسانا والقياس ان لا يجوز (وجه) القياس انه شرط عليه العمل فى مكان معين فلا يجوز فى غيره كما لو شرط ذلك فى بلد معين (وجه) الاستحسان ان التقييد بسوق الكوفة غير مفيد لان البلد الواحد بمنزلة بقعة واحدة فلا فائدة فى التعليق بهذا الشرط فيلغو الشرط ولو قال له اعمل به فى سوق الكوفة أو لا تعمل به الا فى سوق الكوفة فعمل فى غير سوق الكوفة يضمن لان قوله لا تعمل الا فى سوق الكوفة حجر له فلا يجوز تصرفه بعد الحجر وفى الفصل الاول ما حجر عليه بل شرط عليه ان يكون عمله فى السوق والشرط غير مفيد فلغا ولو قال له خذ هذا المال تعمل به فى الكوفة لم يجز له العمل فى غيرها لان فى كلمة ظرف فقد جعل الكوفة ظرفا للتصرف الذى أذن له فيه فلو جاز فى غيرها لم تكن الكوفة ظرفا لتصرفه وكذلك اذا قال له فاعمل به فى الكوفة لما قلنا ولان الفاء من حروف التعليق فتوجب تعلق ما قبلها بما بعدها وانما يتعلق اذا لم يجز التصرف فى غيرها وكذلك اذا قال خذ هذا المال بالتصرف بالكوفة لان الباء حرف الصاق فتقتضى التصاق الصفة بالموصوف وهذا يمنع جواز التصرف فى غيرها ولو قال خذ هذا المال مضاربة واعمل به فى الكوفة فله أن يعمله بالكوفة وحيث ما بدا له لان قوله خذ هذا المال مضاربة اذن له فى التصرف مطلقا وقوله واعمل به فى الكوفة اذن له بالعمل فى الكوفة فكان له أن يعمل فى أى موضع شاء كمن قال لغيره اعتق عبدا من عبيدى ثم قال له اعتق عبدى سالما ان له أن يعتق أى عبد شاء ولا يتقيد التوكيل باعتاق سالم كذا هذا اذ المضاربة توكيل بالشراء والبيع ولو قال خذ هذا المال مضاربة الى سنة جازت المضاربة عندنا وقال الشافعى رحمه الله المضاربة فاسدة (وجه) قوله أنه اذا وقت للمضاربة وقتا فيحتمل انه لا يجوز كونها فى الوقت فلا يفيد العقد فائدة (ولنا) ان المضاربة توكيل والتوكيل يحتمل التخصيص بوقت دون وقت وذكر الطحاوى وقال لم يجز عند أصحابنا توقيت المضاربة وقياس قولهم فى الوكالة انها لا تختص بالوقت لانهم قالوا لو وكل رجلا ببيع عبده اليوم فباعه غدا جاز كالوكالة المطلقة وما قاله ليس بسديد لانهم قالوا فى الوكيل اذا قيل له بعه اليوم ولا تبعه غدا جاز ذلك ولم يكن له أن يبيعه غدا وكذا اذا قيل له على أن تبيعه اليوم دون غد ولو قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف على أن تشترى به الطعام أو قال فاشتر به الطعام أو قال تشترى به الطعام أو قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف فى الطعام فذلك كله سواء وليس له أن يشترى سوى الطعام بالاجماع لما ذكرنا على أن ان للشرط والاصل فى الشرط المذكور فى الكلام اعتباره والفاء لتعليق ما قبلها بما بعدها وقوله يشترى به الطعام تفسير التصرف المأذون به وقوله فى الطعام ففى كلمة ظرف فاذا دخلت على ما لا يصلح ظرفا تصير بمعنى الشرط وكل ذلك يقتضى التقييد بالشرط المذكور وانه شرط مفيد لان بعض أنواع التجارة يكون أقرب الى المقصود من بعض وكذا الناس مختلفون فى ذلك فقد يهتدى الانسان الى بعض التجارة دون بعض فكان الشرط مفيداً فيتقيد به ولا يملك أن يشترى غير الطعام والطعام هو الحنطة ودقيقها اذ لا يراد به كل ما يتطعم بل البعض دون البعض والامر يختلف باختلاف عادة البلدان فاسم الطعام فى عرفهم لا ينطلق الا على الحنطة ودقيقها وكذلك لو ذكر جنساً آخر بان قال له خذ هذا المال مضاربة بالنصف على أن تشترى به الدقيق أو الخبز أو البر أو غير ذلك ليس له أن يعمل من غير ذلك الجنس بلا خلاف لكن له أن يشترى ذلك الجنس فى المصر وغيره وان يبضع فيه وان يعمل فيه جميع ما يعمله المضارب فى المضاربة المطلقة لما ذكرنا ان اللفظ المطلق اذا قيد ببعض الاشياء يبقى على اطلاقه فيما وراءه وقال ابن سماعة سمعت محمداً قال فى رجل دفع الى رجل مالا مضاربة فقال له ان اشتريت به الحنطة فلك من الربح النصف ولى النصف وان اشتريت به الدقيق فلك الثلث ولى الثلثان فقال هذا جائز وله أن يشترى أى ذلك شاء على ما سمى له رب المال لانه خيره بين عملين مختلفين فيجوز كما لو خير الخياط بين الخياطة الرومية والفارسية ولو دفع اليه على انه ان عمل فى المصر فله ثلث الربح وان سافر فله النصف جاز والربح بينهما على ما شرط ان عمل فى المصر فله الثلث وان سافر فله النصف ولو اشترى فى المصر و باع فى السفر أو اشترى فى السفر و باع فى المصر فقد روى عن محمد انه قال المضاربة فى هذا على الشراء فان اشترى فى المصر فاربح فى ذلك المتاع فهو على ما شرط فى المصر سواء

باعه فى المصر أو فى غيره لان المضارب انما يستحق الربح بالعمل والعمل يحصل بالشراء فاذا اشترى فى المصر تعين أحد العملين فلا يتغير بالسفر وان عمل ببعض المال فى السفر و بالبعض فى الحضر فربح كل واحد من المالين على ما شرط ولو قال له على أن تشترى من فلان وتبيع منه جاز عندنا وهو على فلان خاصة ليس له أن يشترى و يبيع من غيره وقال الشافعى رحمه الله المضاربة فاسدة لان فى تعيين الشخص تضييق طريق الوصول الى المقصود من التصرف وهو الربح وتغيير مقتضى العقد لان مقتضى العقد التصرف مع من شاء (ولنا) ان هذا شرط مفيد لاختلاف الناس فى الثقة والامانة لان الشراء من بعض الناس قد يكون أربح لكونه أسهل فى البيع وقد يكون أوثق على المال فكان التقييد مفيداً كالتقييد بنوع دون نوع وقوله التعيين يغير مقتضى العقد قلنا ليس كذلك بل هو مباشرة العقد مفيد أمن الابتداء وانه قيد مفيد فوجب اعتباره ولو قال على ان تشترى بها من أهل الكوفة وتبيع فاشترى و باع من رجال بالكوفة من غير أهلها فهو جائز لان هذا الشرط لا يفيد الا ترك السفر كأنه قال على ان تشترى ممن بالكوفة وكذلك اذا دفع اليه مالا مضاربة فى الصرف على أن يشترى من الصيارفة و يبيع كان له أن يشترى من غير الصيارفة ما بدا له من الصرف لان التقييد بالصيارفة لا يفيد الا تخصيص البلد أو النوع فاذا حصل ذلك من صيرفى أو غيره فهو سواء ولو دفع اليه مالا مضاربة ثم قال له بعد ذلك اشتر به البز و بع فله أن يشترى البز وغيره لانه أذن بالشراء مطلقاً ثم أمره بشراء البز فكان له أن يشترى ما شاء وهذا كقوله خذ هذا المال مضاربة واعمل به بالكوفة الا ان هناك القيد مقارن وههنا متراخى وقد ذكرناه وذكر القدورى رحمه الله ان هذا محمول على انه نهاه بعد الشراء والحكم فى التقييد الطارئ على مطلق العقد انه ان كان ذلك قبل الشراء يعمل وان كان بعد ما اشترى به لا يعمل الى أن يبيعه بمال عين فيعمل التقييد عند ذلك حتى لا يجوز أن يشترى الا ما قال ولو دفع اليه مالا مضاربة على أن يبيع و يشترى بالنقد فليس له أن يشترى و يبيع الا بالنقد لان هذا التقييد مفيد فيتقيد بالمذكور ولو قال له بع بنسيئة ولا تبع بالنقد فباع بالنقد جاز لان النقد انفع من النسيئة فلم يكن التقييد بها مفيداً فلا يثبت القيد وصار كما لو قال للوكيل بع بعشرة فباع بأكثر منها جاز كذا هذا (واما) الذى يرجع الى عمل رب المال مما له أن يعمله وما ليس له أن يعمله فقد قال أصحابنا اذا باع رب المال مال المضاربة بمثل قيمته أو أكثر جاز بيعه واذا باع بأقل من قيمته لم يجز الا ان يجيزه المضارب سواء باع بأقل من قيمته مما لا يتغابن الناس فيه أو مما يتغابن الناس فيه لان جواز بيع رب المال من طريق الاعانة للمضارب وليس من الاعانة ادخال النقص عليه بل هو استهلاك فلا يتحمل قل أو كثر وعلى هذا لو كان المضارب اثنين فباع أحدهما باذن رب المال لم يجز أن يبيعه الا بمثل القيمة أو أكثر الا أن يجيزه المضارب الآخر لان أحد المضاربين لا ينفرد بالتصرف بنفس العقد بل باذن رب المال وهو لا يملك التصرف بنفسه اذا كان فيه غبن فلا يملك الامر به واذا اشترى المضارب بمال المضاربة متاعا وفيه فضل أو لا فضل فيه فأراد رب المال بيع ذلك فأبى المضارب وأراد امساكه حتى يجد ربحاً فان المضارب يجبر على بيعه الا أن يشاء أن يدفعه الى رب المال لان منع المالك عن تنفيذ ارادته فى ملكه لحق يحتمل الثبوت والعدم وهو الربح لا سبيل اليه ولكن يقال له ان أردت الامساك فرد عليه ماله وان كان فيه ربح يقال له ادفع اليه رأس المال وحصته من الربح و يسلم المتاع اليك ولو أخذ رجل مالا ليعمل لاجل ابنه مضاربة فان كان الابن صغيرا لا يعقل البيع فالمضاربة للاب ولا شئ للابن من الربح لان الربح فى باب المضاربة يستحق بالمال أو بالعمل وليس للابن واحد منهما فان كان الابن يقدر على العمل فالمضاربة للابن والربح له ان عمل فان عمل الاب بأمر الابن فهو متطوع وان عمل بغير أمره صار بمنزلة الغاصب لانه ليس له أن يعمل فيه بغير اذنه فصار كالاجنبى وقد قالوا فى المضارب اذا اشترى جارية فليس لرب المال أن يطأها سواء كان فيه ربح أو لم يكن اما اذا كان فيه ربح فلا شك فيه لان للمضارب فيه ملكا ولا يجوز وطء الجارية المشتركة وان لم يكن فيها ربح فللمضارب فيها حق يشبه الملك بدليل أن رب المال لا يملك منعه من التصرف ولو مات كان للمضارب أن يبيعها

فصارت

فصارت كالجارية المشتركة ويجوز شراء رب المال من المضارب وشراء المضارب من رب المال وان لم يكن في المضاربة ربح في قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله لا يجوز الشراء بينهما في مال المضاربة (وجه) قول زفر ان هذا بيع ماله بماله وشراء ماله بماله إذ المال ان جميعاً لرب المال وهذا لا يجوز كالوكيل مع الموكل (ولنا) أن لرب المال في مال المضاربة ملك رقبة لا ملك تصرف وملكه في حق التصرف كملك الاجنبي وللمضارب فيه ملك التصرف لا الرقبة فكان في حق ملك الرقبة كملك الاجنبي حتى لا يملك رب المال منعه عن التصرف فكان مال المضاربة في حق كل واحد منهما كمال الاجنبي لذلك جاز الشراء بينهما ولو اشترى المضارب داراً ورب المال شفيعها بدار أخرى بجنبها فله أن يأخذ بالشفعة لان المشترى وان كان له في الحقيقة لكنه في الحكم كأنه ليس له بدليل انه لا يملك انتزاعه من يد المضارب ولهذا جاز شراؤه من المضارب ولو باع المضارب داراً من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له سواء كان في الدار المبيعة ربح وقت البيع أو لم يكن اما اذا لم يكن فيها ربح فلان المضارب وكيله بالبيع والوكيل ببيع الدار اذا باع لا يكون للموكل الاخذ بالشفعة وان كان فيها ربح فاما حصة رب المال فكذلك هو وكيل ببيعها وأما حصة المضارب فلا نا لو أوجبنا فيها الشفعة لتفرقت الصفقة على المشترى ولان الربح تابع لرأس المال فاذا لم تجب الشفعة في المتبوع لا تجب في التابع ولو باع رب المال داراً لنفسه والمضارب شفيعها بدار أخرى من المضاربة فان كان في يده من مال المضاربة وفاء بثمن الدار لم تجب الشفعة لانه لو أخذ بالشفعة لوقع لرب المال والشفعة لا تجب لبائع الدار وان لم يكن في يده وفاء فان لم يكن في الدار ربح فلا شفعة لانه أخذها لرب المال وان كان فيه ربح فللمضارب أن يأخذها لنفسه بالشفعة لان له نصيباً في ذلك فجاز أن يأخذها لنفسه ولو أن أجنبياً اشترى داراً الى جانب دار المضاربة فان كان في يد المضارب وفاء بالثمن فله أن يأخذها بالشفعة للمضاربة وان سلم الشفعة بطلت وليس لرب المال أن يأخذها لنفسه لان الشفعة وجبت للمضاربة وملك التصرف في المضاربة للمضارب فاذا سلم جاز تسليمه على نفسه وعلى رب المال وان لم يكن في يده وفاء فان كان في الدار ربح فالشفعة للمضارب ولرب المال جميعاً فان سلم أحدهما فللآخر أن يأخذها جميعاً لنفسه بالشفعة كدار بين اثنين وجبت الشفعة لهما وان لم يكن في الدار ربح فالشفعة لرب المال خاصة لانه لا نصيب للمضارب فيه قال أبو يوسف اذا استأجر الرجل أجيراً كل شهر بعشرة دراهم ليشترى له ويبيع ثم دفع المستأجر الى الاجير دراهم مضاربة فالمضاربة فاسدة والربح كله للدافع ولا شئ للاجير سوى الاجرة وقال محمد المضاربة جائزة ولا شئ للاجير في الوقت الذي يكون مشغولا بعمل المضاربة (وجه) قول محمد انه لما دفع اليه المضاربة فقد اتفقا على ترك الاجارة ونقضها فما دام يعمل بالمضاربة فلا أجر له ولان الاجارة شركة لهذا لا تقبل التوقيت ولو شاركه بعد ما استأجره جازت الشركة فكذا المضاربة ولابي يوسف انه لما استأجره فقد ملك عمله فاذا دفع اليه مضاربة فقد شرط للمضارب ربحاً بعمل قد ملكه رب المال وهذا لا يجوز ولان المضارب يعمل لنفسه فلا يجوز أن يستوجب الربح والاجر ولا يجوز أن ينقض الاجارة بالمضاربة لان الاجارة أقوى من المضاربة لانها لازمة والمضاربة ليست بلازمة والشئ لا ينتقض بما هو أضعف منه وما ذكر محمد أن المضاربة شركة فالجواب ان الشريك يستحق الربح بالمال والمضارب بالعمل ورب المال قد ملك العمل فلا يجوز أن يستحق المضارب الربح ولان الشريك يعمل لنفسه فكانه امتنع من عمل الاجارة فيسقط عنه الاجرة بحصته والمضارب يعمل لرب المال فبقى عمله على الاجارة ولو اشترى المضارب بمال المضاربة وهو ألف عبداً قيمته ألف فقتل عمداً فلرب المال القصاص لان العبد ملكه على الخصوص لا حق للمضارب فيه وان كانت قيمته ألفين لم يكن فيه قصاص وان اجتمعا لان ملك كل واحد منهما لم يتعين أما رب المال فلان رأس المال ليس هو العبد وانما هو الدراهم ولو أراد أن يعين رأس ماله في العبد كان للمضارب أن يمنعه عن ذلك حتى يبيع ويدفع اليه من الثمن واذا لم يتعين ملك رب المال لم يتعين ملك المضارب قبل استيفاء رأس المال واذا لم يتعين ملكهما في العبد لم يجب القصاص لواحد منهما وان اجتمعا وتؤخذ قيمة العبد

من القاتل فی ماله فی ثلاث سنین لان القصاص سقط فی القتل العمد لمانع مع وجود السبب فتجب الدیة فی ماله ویکون المأخوذ علی المضاربة یشتری به المضارب ویبیع لانه بدل مال المضاربة فیکون علی المضاربة کالثمن وذکر محمد فی النوادر اذا کان فی ید المضارب عبدان قیمة کل واحد منهما ألف فقتل رجل أحد العبدین عمدا لم یکن لرب المال علیه قصاص لان ملك رب المال لم یتعین فی العبد المقتول علی ما بینا وعلی القاتل قیمته فی ماله ویکون فی المضاربة لما قلنا والاصل ان فی کل موضع وجب بالقتل القصاص خرج العبد عن المضاربة وفی کل موضع وجب بالقتل مال فالمال علی المضاربة لان القصاص اذا استوفی فقد هلك مال المضاربة وهلاك مال المضاربة یوجب بطلان المضاربة والقیمة بدل مال المضاربة فکانت علی المضاربة کالثمن وقال محمد واذا اشتری المضارب ببعض مال المضاربة عبدا یساوی الفا فقتله رجل عمدا فلا قصاص فیه لا لرب المال ولا للمضارب ولا لهما اذا اجتمعا أما رب المال فلانه لو استوفی القصاص لا یصیر مستوفیا لرأس المال بالقصاص لان القصاص لیس بمال ولهذا لو عفا المریض عن القصاص کان من جمیع المال واذا لم یصر به مستوفیاً رأس ماله یستوفی رأس المال من بقیة المال واذا استوفی تبین أن العبد کان ربحاً فتبین أنه انفرد باستیفاء القصاص عن عبد مشترك (وأما) المضارب فلانه لم یتعین له فیه ملك ولا یجوز لهما الاجتماع علی الاستیفاء لهذا المعنی وهو أن حق کل واحد منهما غیر متعین واختلف أصحابنا فی القتل العمد اذا ادعی علی عبد المضاربة انه هل یشترط حضور الولی لسماع البینة قال أبو حنیفة ومحمد علیهما الرحمة یشترط وقال أبو یوسف رحمه الله لا یشترط (وجه) قوله ان العبد فی باب القصاص مبقی علی أصل الحریة بدلیل أنه لو أقر به یجوز اقراره وان کذبه الولی فلا یقف سماع البینة علیه علی حضور المولی کالحر (ولهما) ان هذه البینة یتعلق بها استحقاق رقبة العبد فلا تسمع مع غیبة المولی کالبینة القائمة علی استحقاق الملك والبینة القائمة علی جنایة الخطأ وقد قالوا جمیعا لو أقر العبد بقتل عمدا فکذبه المولی والمضارب لزمه القصاص لان الاقرار بالقصاص مما لا یملکه المولی من عبده وهو مما یملك فیملکه العبد کالطلاق فان کان الدم بین شریکین وقد أقر به العبد فعفا أحدهما فلا شیء للآخر لان موجب الجنایة انقلب مالا واقرار العبد غیر مقبول فی حق المال فصار کانه أقر بجنایة الخطأ فان کان رب المال صدقه فی اقراره وکذبه المضارب قیل لرب المال ادفع نصف نصیبك أو افده وان کان المضارب صدقه وکذبه رب المال قیل للمضارب ادفع نصیبك أو افده وصار کاحد الشریکین اذا أقر فی العبد بجنایة وکذبه الآخر (وأما) وجوب القصاص علی عبد المضاربة وان لم یجب بقتله القصاص لان عدم الوجوب بقتله لکون مستحق الدم غیر متعین فاذا کان هو القاتل فالمستحق للقصاص هو ولی القتیل وانه متعین وتجوز المرابحة بین رب المال والمضارب وهو أن یشتری رب المال من مضاربه فیبیعه مرابحة أو یشتری المضارب من رب المال فیبیعه مرابحة لکن یبیعه علی أقل الثمنین الا اذا بین الامر علی وجهه فیبیعه کیف شاء وانما کان کذلك لان جواز شراء رب المال من المضارب والمضارب من رب المال ثبت معدولا به عن القیاس لما ذکرنا ان رب المال اشتری مال نفسه بمال نفسه والمضارب یبیع مال رب المال من رب المال إذ المال لان ماله والقیاس یأبی ذلك الا انا استحسنا الجواز لتعلق حق المضارب بالمال وهو ملك التصرف فجعل ذلك بیعاً فی حقهما لا فی حق غیرهما بل جعل فی حق غیرهما ملحقا بالعدم ولان المرابحة بیع یجریه البائع من غیر بینة واستحلاف فتجب صیانته عن الجنایة وعن شبه الجنایة ما أمکن وقد تمکنت التهمة فی البیع بینهما لجواز ان رب المال باعه من المضارب بأکثر من قیمته ورضی به المضارب لان الجود بمال الغیر أمر سهل فکان تهمة الجنایة ثابتة والتهمة فی هذا الباب ملحقة بالحقیقة فلا یبیع مرابحة الا علی أقل الثمنین بیان ذلك فی مسائل اذا دفع الی رجل الف درهم مضاربة فاشتری رب المال عبدا بخمسمائة فباعه من المضارب بألف فان المضارب یبیعه مرابحة علی خمسمائة لانها أقل الثمنین الا اذا بین الامر علی وجهه فیبیعه کیف شاء لان المانع هو التهمة وقد زالت ولو اشتری المضارب عبدا بألف من المضاربة فباعه من رب المال بألف ومائتین باعه رب المال مرابحة بألف ومائة ان کانت

المضاربة

المضاربة بالنصف لان الربح ينقسم بين رب المال والمضارب ولا شبهة فى حصة المضارب لانه لا حق فيه لرب المال فصار كان رب المال اشترى ذلك من أجنبي وتمكنت الشبهة فى حصة رب المال لانه ماله بعينه فكانه اشترى من نفسه فتسقط حصته من الربح الا اذا بين الامر على وجهه فيبيعه كيف شاء ولو اشترى رب المال سلعة بألف درهم تساوى الفا وخمسمائة فباعها من المضارب بألف وخمسمائة فان المضارب يبيعها مرابحة بالف ومائتين وخمسين الا اذا بين الامر على وجهه لما ذكرنا قال ابن سماعة فى نوادره عن محمد سمعت أبا يوسف يقول فى مسألة المضاربة وهو آخر ما قال اذا اشترى رب المال عبدا بألف فباعه من المضارب بمائة ورأس المال الف فى يد المضارب فان المضارب يبيعه على مائة وكذا لو اشترى المضارب بألف فباعه من رب المال بمائة باعه رب المال بمائة يبيعه أبدا على أقل الثمنين لانه لا تهمة فى الاقل وانما التهمة فى الزيادة فيثبت ما لا تهمة فيه ويسقط ما فيه تهمة ولو اشتراه رب المال بخمسمائة فباعه من المضارب بألف ومائة فانه يبيعه مرابحة على خمسمائة وخمسين لان المائة الزيادة على الالف ربح فنصفها للمضارب وما اشتراه المضارب من رب المال لنفسه لا تهمة فيه فيضم حصته من الربح الى القدر الذى اشترى رب المال به ويسقط خمسمائة لانها نصيب رب المال ويسقط خمسون لانها حق رب المال من الربح فيبيعه مرابحة على خمسمائة وخمسين ولو اشتراه المضارب بستمائة باعه مرابحة بخمسمائة لانه لا فضل فى ثمنه عن رأس المال فيسقط كل الربح ويباع على أقل الثمنين والاصل أن المضارب لا يحتسب شيأ من حصة نفسه حتى يكون ما نقد أكثر من الف فيجب من حصته نصف ما زاد على الالف لانه اذا لم يزد على الف بأن اشترى بمثل رأس المال أو بأقل منه وله فى المال ربح لم يتعين له فى المشترى حق لكونه مشغولا برأس المال فلا يظهر له الربح كانه اشترى ولا ربح فى يده وعلى هذا القياس تجرى المسائل فمتى كان شراء المضارب بأقل الثمنين فان كان للمضارب حصة ضمها الى أقل الثمنين واذا اشترى رب المال من المضارب يبيعه على أقل الثمنين ويضم اليه حصة المضارب ولو كان رب المال اشتراه بخمسمائة ثم باعه من المضارب بألفين فان المضارب يبيعه بألف خمسمائة رأس المال وخمسمائة حصة المضارب من الالفين لان نصيب رب المال من الثمن الف وخمسمائة فتسقط الزيادة فيها على رأس المال وهو الف ويبقى من نصيب رب المال خمسمائة ونصيب المضارب خمسمائة ورب المال فيها كالاجنبي فيبيعه مرابحة على ألف ولو كان المضارب اشتراه بألف ثم باعه من رب المال بألفين باعه رب المال بألف وخمسمائة لان الالف رأس مال رب المال وخمسمائة نصيب المضارب ورب المال فيها كالاجنبي وخمسمائة نصيب رب المال فيجب اسقاطها قال ابن سماعه وروى عن أبى يوسف أنه قال وهو قوله الآخر ان رب المال اذا اشترى عبدا بعشر آلاف ثم باعه من المضارب بمائة باعه المضارب مرابحة على مائة وكذلك لو اشترى المضارب بعشرة آلاف فباعه من رب المال بمائة باعه رب المال مرابحة على مائة لان البيع على أقل الثمنين لا تهمة فيه ولانه اشتراه بأقل الثمنين فلا يجوز أن يزيد على الثمن الذى اشتراه فان قيل كيف يجوز للمضارب الحط على قول أبى يوسف فالجواب انه انما لا يجوز له حطه عند أبى يوسف ومحمد لحق رب المال فاذا باعه من رب المال وحط فقد رضى رب المال بذلك فجاز (وأما) على قول أبى يوسف الاول الذى أشار اليه ابن سماعة فهو ان الحط لا يجوز لانه قال اذا كان رأس المال الفا فربح فيه الفا ثم اشترى بألفين جارية ثم باعها من رب المال بألف وخمسمائة فان رب المال يبيعها مرابحة على الف وسبعمائة وخمسين لان المضارب حط من الثمن خمسمائة نصفها من نصيبه ونصفها من مال المضاربة وهو يملك الحط فى حق نصيبه ولا يملك ذلك فى مال المضاربة فى قول أبى يوسف ومحمد فلم يصح حط نصيب رب المال فلذلك باع مرابحة على ألف وسبعمائة وخمسين فينبغى على هذا القول اذا باع مرابحة أن يقول قام على بكذا ولا يقول اشتريته بكذا لان الزيادة لحقت بالثمن حكما والشراء ينصرف الى ما وقع العقد به والصحيح قوله الاخير لما ذكرنا أن عدم جواز الحط فى مال المضاربة لحق رب المال فاذا اشترى هو فقد رضى بذلك فكانه أذن للمضارب أن يبيعه بنقصان لاجنبي

وذكر محمد في كتاب المضاربة لو اشترى رب المال عبدا بألف فباعه من المضارب بألفين الف رأس المال والف ربح فان المضارب يبيعه مرابحة على الف وخمسمائة يسقط من ذلك ربح رب المال و يبيع على رأس المال وربح المضارب لما بينا ولو كان رب المال اشترى العبد بخمسمائة والعبد يساوى الفين فباعه من المضارب بألفين فان المضارب يبيعه مرابحة على الف لان رأس المال خمسمائة ونصيب المضارب من المال خمسمائة وماسوى ذلك ربح رب المال فلا يثبت حكمه على ما بينا فيما تقدم الا أن يبين الامر على وجهه فيبيعه كيف شاء لان المانع من البيع بجميع الثمن التهمة فاذا بين فقد زالت التهمة فيجوز البيع ولو اشتراه رب المال بألف وقيمته الف فباعه من المضارب بألفين الف مضاربة والف ربح فان المضارب يبيعه مرابحة على الالف لانه لما اشترى ماقيمته الف ذهب ربحه فلم يبق له في المال حصة وصار كانه مال رب المال فباعه على رأس ماله ولو كان رب المال اشتراه بخمسمائة والمسألة بحالها فان المضارب يبيعه مرابحة على خمسمائة لانه لم يبق للمضارب حصة فصار اشراء مال رب المال بعضه ببعض فيبيعه على رأس المال الاول ولو كان رب المال اشتراه بالفين وقيمته الف فباعه من المضارب بالفين فان المضارب يبيعه بالف ولا يبيعه على أكثر من ذلك لان قيمته الف فليس فيه ربح للمضارب يبيعه عليه ولان رب المال لما باعه بألفين ما يساوى الفا وهما متهمان في حق الغير في العقد فصار كانه أخذ الفا لا على طريق البيع و باعه العبد بالف فلا يبيعه باكثر من ذلك ولو كان العبد يساوى الفا وخمسمائة والمسئلة بحالها وقد اشتراه بالف وأراد المضارب ان يبيعه مرابحة باعه مرابحة على الف ومائتين وخمسين لان في العبد ربحاً للمضارب ونصيبه من الربح هو مع رب المال فيه كالاجنبي فيبيعه على أقل الثمنين مع حصة المضارب من الربح وذكر محمد في الاصل اذا اشترى المضارب عبداً بالف درهم مضاربة فباعه من رب المال بالفين ثم ان رب المال باعه من أجنبي مساومة بثلاثة آلاف درهم ثم اشتراه المضارب من الاجنبي بالفي درهم فاراد أن يبيعه مرابحة لم يجز له ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله الا ان يبين الامر على وجهه وفي قول أبي يوسف ومحمد يبيعه مرابحة على الفين وهذه فريعة مسئلة أخرى مذكورة في البيوع وهي ما اذا اشترى شيأ فربح فيه ثم ملكه بشراء آخر فاراد أن يبيعه مرابحة فان عند أبي حنيفة يسقط الربح و يعتبر ما مضى من العقود وفي مسئلتنا قد ربح فيه رب المال الفي درهم لان المضارب لما اشتراه بالف و باعه من رب المال بالفين فنصف ذلك الربح لرب المال وهو خمسمائة فلما باعه رب المال بثلاثة آلاف فقد ربح فيه الفاً وخمسمائة لانه قام عليه بالف وخمسمائة مقدار رأس المال ونصيب المضارب من الربح اذا ضم الى ذلك فقد ربح الفين فاذا اشتراه المضارب بالفين وجب ان يطرح الالفين من رأس المال فلا يبقى شيء ولهذا لم يجز البيع مرابحة الا بعد ان يبين وأما على قولهما فانما يعتبر العقد الاخير خاصة فالربح في العقد الاول لا يحط عن الثاني فيبيعه مرابحة على جميع الالفين ولو اشترى المضارب عبداً بالف فباعه من رب المال بالف وخمسمائة ثم باعه رب المال من أجنبي بالف وستمائة ثم ان المضارب اشتراه من الاجنبي بالفي درهم فاراد أن يبيعه مرابحة باعه على الف وأربعمائة على قول أبي حنيفة لان رب المال قد ربح فيه ستمائة ألا ترى ان المضارب لما اشتراه بالف باعه من رب المال بالف وخمسمائة فنصيب رب المال من الربح مائتان وخمسون وكان رب المال اشترى بالف ومائتين وخمسين رأس المال وحصة المضارب فلما باعه بالف وستمائة فقد ربح ثلثمائة وخمسين وقد كان ربح مائتين وخمسين بربح المضارب فوجب أن يحط ذلك المضارب من الثمن فيبقى الف وأربعمائة ولو اشترى المضارب عبداً بالف فولاه رب المال ثم ان رب المال باعه من أجنبي بالف وخمسمائة ثم ان المضارب اشتراه من الاجنبي مرابحة بالفين ثم ان رب المال لما حط من الاجنبي ثلثمائة فان الاجنبي يحط من المضارب أربعمائة لان رب المال لما حط من الاجنبي ثلثمائة استند ذلك الحط الى العقد فكان ذلك المقدار لم يكن فيطرح من رأس المال وتطرح حصته من الربح وقد كان الاجنبي ربح مثل ثلث الثمن فيطرح مع الثلثمائة ثلثها فيصير الحط عن المضارب أربعمائة فان أراد المضارب أن يبيع هذا العبد مرابحة باعه على الف ومائتين لان رب المال ربح أربعمائة ألا ترى أنه لو باعه من

الاجنبي

الاجنبي فربح خمسمائة ثم حط عنه ثلثمائة وهذا الحط من رأس المال والربح جميعاً مائتين من رأس المال ومائة من الربح فلما سقط من الربح مائة يبقى الربح أربعمائة فلما اشتراه المضارب بالفين ثم حط عنه أربعمائة صار شراؤه بالف وستمائة فيطرح عنه مقدار ما ربح فيه رب المال وهو أربعمائة فيبيعه على ما بقى وتجوز المرابحة بين المضارب بين كما تجوز بين المضارب ورب المال قال محمد فى الاصل اذا دفع الرجل الى رجل الف درهم مضاربة بالنصف ودفع الى رجل آخر الف درهم مضاربة بالنصف فاشترى أحد المضاربين عبداً بخمسمائة من المضاربة فباعه من المضارب الآخر بألف فاراد الثانى أن يبيعه مرابحة باعه على خمسمائة وهو أقل الثمنين لان مال المضاربة بين رجل واحد فصار بيع أحدهما من الآخر فى حق الاجانب كبيع الانسان ملكه بماله فيبيعه مرابحة على أقل الثمنين ولو باعه الاول من الثانى بألفين الف من المضاربة والف من مال نفسه فان الثانى يبيعه مرابحة على الف ومائتين وخمسين لان الثانى اشترى نصفه لنفسه وقد كان الاول اشترى ذلك النصف بمائتين وخمسين فيبيعه الثانى مرابحة على الف لانه لا نصيب لواحد منهما فى شراء صاحبه فصارا كالاجنبيين فاما النصف الذى اشترى الثانى بالف المضاربة فقد كان الاول اشتراه بمائتين وخمسين وهو مال واحد فيبيعه على أقل الثمنين ولو كان الاول اشتراه بألف المضاربة فباعه من الثانى بألفين للمضاربة الف رأس المال والف ربح فان الثانى يبيعه مرابحة بألف وخمسمائة لانه يبيعه على أقل الثمنين وعلى حصته من الربح وأقل الثمنين الف وحصة المضارب خمسمائة ولو كان الاول اشتراه بخمسمائة والمسئلة بحالها باعه الثانى على الف لان أقل الثمنين خمسمائة وحصة المضارب خمسمائة فيبيعه مرابحة على أقل الثمنين وحصة من الربح والربح فى المضاربة بينهما على الشرط والوضيعة على رب المال والقول قول المضارب فى دعوى الهلاك لان المال أمانة فى يده (وأما) الذى يستحقه المضارب بالعمل فالذى يستحقه بعمله فى مال المضاربة شيئان أحدهما النفقة والكلام فى النفقة فى مواضع فى وجوبها وفى شرط الوجوب وفيما فيه النفقة وفى تفسير النفقة وفى قدرها وفيما تحتسب النفقة منه (أما) الوجوب فلان الربح فى باب المضاربة يحتمل الوجود والعدم والعاقل لا يسافر بمال غيره لفائدة تحتمل الوجود والعدم مع تعجيل النفقة من مال نفسه فلو لم تجعل نفقته من مال المضاربة لامتنع الناس من قبول المضاربات مع مساس الحاجة اليها فكان اقدامهما على هذا العقد والحال ما وصفنا اذنا من رب المال للمضارب بالانفاق من مال المضاربة فكان مأذونا فى الانفاق دلالة فصار كما لو أذن له به نصاً ولانه يسافر لاجل المال لا على سبيل التبرع ولا ببدل واجب له لا محالة فتكون نفقته فى المال بخلاف المبضع لا يسافر بمال الغير على وجه التبرع وبخلاف الاجير لانه يعمل ببدل لازم فى ذمة المستأجر لا محالة فلا يستحق النفقة وهكذا روى ابن سماعة عن محمد فى الشريك اذا سافر بالمال أنه ينفق من المال كالمضارب (وأما) شرط الوجوب فخروج المضارب بالمال من المصر الذى أخذ المال منه مضاربة سواء كان المصر مصره أو لم يكن فما دام يعمل به فى ذلك المصر فان نفقته فى مال نفسه لا فى مال المضاربة وان أنفق شيأ منه ضمن لان دلالة الاذن لا تثبت فى المصر وكذا اقامته فى الحضر لا تكون لاجل المال لانه كان مقيما قبل ذلك فلا يستحق النفقة ما لم يخرج من ذلك المصر سواء كان خروجه بالمال مدة سفر أو أقل من ذلك حتى لو خرج من المصر يوما أو يومين فله أن ينفق من مال المضاربة كذا ذكر محمد عن نفسه وعن أبى يوسف من مكان المضاربة لوجود الخروج من المصر لاجل المال واذا انتهى الى المصر الذى قصده فان كان ذلك مصر نفسه أو كان له فى ذلك المصر أهل سقطت نفقته حين دخل لانه يصير مقيما بدخوله فيه لا لاجل المال وان لم يكن ذلك مصره ولا له فيه أهل لكنه أقام فيه للبيع والشراء لا تسقط نفقته ما اقام فيه وان نوى الاقامة خمسة عشر يوما فصاعداً ما لم يتخذ ذلك المصر الذى هو فيه دار اقامة لانه اذا لم يتخذه دار اقامة كانت اقامته فيه لاجل المال وان اتخذه وطناً كانت اقامته للوطن لا للمال فصار كالوطن الاصلى فنقول الحاصل انه لا تبطل نفقة المضاربة بعد المسافرة بالمال الا بالاقامة فى مصره أو فى مصر يتخذه دار اقامة لما قلنا ولو خرج من المصر الذى دخله للبيع والشراء بنية العود الى المصر

الذي أخذ المال فيه مضاربة فان نفقته من مال المضاربة حتى يدخله فاذا دخله فان كان ذلك مصره أو كان له فيه أهل سقطت نفقته والا فلا حتى لو أخذ المضارب مالا بالكوفة وهو من أهل البصرة وكان قد قدم الكوفة مسافراً فلا نفقة له في المال مادام بالكوفة لما قلنا فاذا خرج منها مسافراً فله النفقة حتى يأتي البصرة لان خروجه لاجل المال ولا ينفق من المال مادام بالبصرة لان البصرة وطن أصلي له فكان اقامته فيها لاجل الوطن لا لأجل المال فاذا خرج من البصرة له أن ينفق من المال حتى يأتي الكوفة لان خروجه من البصرة لاجل المال وله أن ينفق أيضاً ما أقام بالكوفة حتى يعود الى البصرة لان وطنه بالكوفة كان وطن اقامة وانه يبطل بالسفر فاذا عاد اليها وليس له وطن فكان اقامته فيها لاجل المال فكان نفقته فيه وكل من كان مع المضارب ممن يعينه على العمل فنفقته من مال المضاربة حراً كان أو عبداً أو أجيراً يخدمه أو يخدم دابته لان نفقتهم كنفقة نفسه لانه لا يتهيأ له السفر الا بهم الا ان يكون معه عبيد لرب المال بعثهم ليعاونوه فلا نفقة لهم في مال المضاربة ونفقتهم على رب المال خاصة لان اعانة عبد رب المال كاعانة رب المال بنفسه ورب المال لو أعان المضارب بنفسه في العمل لم تكن نفقته في مال المضاربة كذا عبيده فأما عبد المضارب فهو كالمضارب والمضارب اذا عمل بنفسه في المال انفق عليه منه كذا عبده (وأما) ما فيه النفقة فالنفقة في مال المضاربة وله أن ينفق من مال نفسه ماله ان ينفق من مال المضاربة على نفسه ويكون ديناً في المضاربة حتى كان له أن يرجع فيها لان الانفاق من المال وتدبيره اليه فكان له أن ينفق من ماله ويرجع به على مال المضاربة كالوصي اذا انفق على الصغير من مال نفسه أن له أن يرجع بما انفق على مال الصغير لما قلنا كذا هذا له ان يرجع بما أنفق في مال المضاربة لكن بشرط بقاء المال حتى لو هلك المال لم يرجع على رب المال بشيء كذا ذكر محمد في المضاربة لان نفقة المضارب من مال المضاربة فاذا هلك هلك بما فيه كالدين يسقط بهلاك الرهن والزكاة تسقط بهلاك النصاب وحكم الجناية يسقط بهلاك العبد الجاني (وأما) تفسير النفقة التي في مال المضاربة فالكسوة والطعام والادام والشراب وأجر الاجير وفراش ينام عليه وعلف دابته التي يركبها في سفره ويتصرف عليها في حوائجه وغسل ثيابه ودهن السراج والحطب ونحو ذلك ولا خلاف بين أصحابنا في هذه الجملة لان المضارب لا بد له منها فكان الاذن ثابتاً من رب المال دلالة (وأما) ثمن الدواء والحجامة والفصد والتنور والادهان وما يرجع الى التداوي وصلاح البدن ففي ماله خاصة لا في مال المضاربة وذكر الكرخي رحمه الله في مختصره في الدهن خلاف محمد انه في مال المضاربة عنده وذكر في الحجامة والاطلاء بالنورة والخضاب قول الحسن بن زياد انه قال على قياس قول أبي حنيفة يكون في مال المضاربة والصحيح أنه يكون في ماله خاصة لان وجوب النفقة للمضارب في المال لدلالة الاذن الثابت عادة وهذه الاشياء غير معتادة هذا اذا قضى القاضي بالنفقة يقضي بالطعام والكسوة ولا يقضي بهذه الاشياء (وأما) الفاكهة فالمعتاد منها يجري مجرى الطعام والادام وقال بشر في نوادره سألت أبا يوسف عن اللحم فقال يأكل كما كان يأكل لانه من المأكول المعتاد (وأما) قدر النفقة فهو ان يكون بالمعروف عند التجار من غير اسراف فان جاوز ذلك ضمن الفضل لان الاذن ثابت بالعادة فيعتبر القدر المعتاد وسواء سافر برأس المال أو بمتاع عن المضاربة لان سفره في الحالين لاجل المال وكذا لو سافر فلم يتفق له شراء متاع من حيث قصد وعاد بالمال فنفقته مادام مسافراً في مال المضاربة لان عمل التجارة على هذا وهو ان يتفق الشراء في وقت دون وقت ومكان دون مكان وسواء سافر بمال المضاربة وحده أو بماله ومال المضاربة ومال المضاربة لرجل أو رجلين فله النفقة غير انه ان سافر بماله ومال المضاربة أو بمالين لرجلين كانت النفقة من المالين بالحصص لان السفر لاجل المالين فتكون النفقة فيهما وان كان أحد المالين مضاربة لرجل والآخر بضاعة لرجل آخر فنفقته في مال المضاربة لان سفره لاجله لا لأجل البضاعة لانه متبرع بالعمل بها الا أن يتبرع بعمل البضاعة فينفق من مال نفسه لانه بذل العمل في المضاربة وليس على رب البضاعة شيء الا أن يكون أذن له في النفقة منها لانه تبرع بأخذ البضاعة فلا يستحق النفقة كالمودع ولو خلط مال المضاربة بماله وقد أذن له في ذلك فالنفقة

بالحصص

بالحصص لان سفره لاجل المالين (وأما) ماتحتسب النفقة منه فالنفقة تحتسب من الربح أولا ان كان فى المال ربح فان لم يكن فهى من رأس المال لان النفقة جزء هالك من المال والاصل ان الهلاك ينصرف الى الربح ولانا لو جعلناها من رأس المال خاصة أو فى نصيب رب المال من الربح لازداد نصيب المضارب فى الربح على نصيب رب المال فاذا رجع المضارب الى مصره فما فضل عنده من الكسوة والطعام رده الى المضاربة لان الاذن له بالنفقة كان لاجل السفر فاذا انقطع السفر لم يبق الاذن فيجب رد ما بقى الى المضاربة وروى المعلى عن أبى يوسف اذا كان مع الرجل ألف درهم مضاربة فاشترى عبدا بألفين فأنفق عليه فهو متطوع فى النفقة لانه لم يبق فى يده شئ من رأس المال فالنفقة تكون استدانة على المال وهو لا يملك ذلك فصار كالاجنبى اذا أنفق على عبد غيره الا أن يكون القاضى أمره بذلك فان رفعه الى القاضى فأمره القاضى بالنفقة عليه فما أنفق فهو عليهما على قدر رأس المال قال أبو يوسف رحمه الله وهذه قسمة من القاضى بين المضارب وبين رب المال اذا قضى بالنفقة وانما صارت النفقة دينا بأمر القاضى لان له ولاية على الغائب فى حفظ ماله وهذا من باب الحفظ فيملك الامر بالاستدانة عليه وانما صار قضاء القاضى بالنفقة قسمة لوجود معنى القسمة وهو التعيين لان القاضى لما ألزم المضارب النفقة لاجل نصيبه فقد عين نصيبه ولا يتحقق تعيين نصيب المضارب الا بعد تعيين رأس المال وهذا معنى القسمة ولو دفع الى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى بها جارية قيمتها ألفان فالنفقة على المضارب وعلى رب المال فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد النفقة على رب المال كذا حقق القدورى رحمه الله الاختلاف (وجه) قول محمد ان المضارب لم يتعين له ملك لان رأس المال غير متعين فكانت الجارية على حكم رب المال فكانت نفقتها عليه ويحتسب بها فى رأس ماله فى رواية عنه وفى رواية أخرى عنه يقال لرب المال انفق ان شئت (ولهما) ان نصيب المضارب من العبد على ملكه بدليل ان اعتاقه ينفذ منه فلا يجوز الزام رب المال الانفاق على ملك غيره فاذا قضى على كل واحد منهما بنفقة نصيبه فقد تعين الربح ورأس المال فيكون قسمة لوجود معنى القسمة وعلى هذا الخلاف العبد الآبق من المضاربة اذا جاء به رجل وقيمته ألفان وليس فى يده من المضاربة غير العبد أن الجعل عليهما فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف لان العبد على ملكهما وعند محمد الجعل على رب المال يحسب فى رأس ماله اذ هو زيادة فى رأس المال فاذا بيع استوفى رب المال رأس ماله والجعل وما بقى يكون بينهما على ما اشترطا من الربح قال بشر عن أبى يوسف ان الجعل لا يحتسب به فى مال المضاربة ويحتسب به فيما بين المضارب ورب المال فان كان هناك ربح فالجعل منه والا فهو وضيعة من رأس المال وانما لم يلحق الجعل برأس المال فى باب المرابحة لان الذى يلحق رأس المال فى المرابحة ما جرت عادة التجار بالحاقه به وما جرت عادتهم بالحاق الجعل ولانه نادر غير معتاد فلا يلحق بالعادة ما ليس بمعتاد وانما احتسب به فيما بين المضارب ورب المال لانه غرم لزم لاجل المال ويجوز أن يحتسب بالشئ فيما بين المضارب ورب المال ولا يلحق برأس المال فى المضاربة كنفقة المضارب على نفسه والثانى ما يستحقه المضارب بعمله فى المضاربة الصحيحة هو الربح المسمى ان كان فى المضاربة ربح وانما يظهر الربح بالقسمة وشرط جواز القسمة قبض رأس المال فلا تصح قسمة الربح قبل قبض رأس المال حتى لو دفع الى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف فربح ألفا فاقتسما الربح ورأس المال فى يد المضارب لم يقبضه رب المال فهلكت الالف التى فى يد المضارب بعد قسمتهما الربح فان القسمة الاولى لم تصح وما قبض رب المال فهو محسوب عليه من رأس ماله وما قبضه المضارب دين عليه يرده الى رب المال حتى يستوفى رب المال رأس ماله ولا تصح قسمة الربح حتى يستوفى رب المال رأس المال والاصل فى اعتبار هذا الشرط ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال مثل المؤمن مثل التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم له رأس ماله كذلك المؤمن لا تسلم له نوافله حتى تسلم له عزائمه فدل الحديث على ان قسمة الربح قبل قبض رأس المال لا تصح ولان الربح زيادة والزيادة على الشئ لا تكون الا بعد سلامة الاصل ولان المال اذا بقى فى يد المضارب فحكم المضاربة بحالها فلو صححنا قسمة الربح لثبتت قسمة الفرع قبل الاصل فهذا لا يجوز واذا لم تصح

القسمة فاذا هلك ما فى يد المضارب صار الذى اقتسماه هو رأس المال فوجب على المضارب أن يرد منه تمام رأس المال فان قبض رب المال ألف درهم رأس ماله أولا ثم اقتسما الربح ثم رد الالف التى قبضها بعينها الى يد المضارب على أن يعمل بها بالنصف فهذه مضاربة مستقبلة فان هلكت فى يده لم تنتقض القسمة الاولى لان رب المال لما استوفى رأس المال فقد انتهت المضاربة وصحت القسمة فاذا رد المال فهذا عقد آخر فهلاك المال فيه لا يبطل القسمة فى غيره ولو كان الربح فى المضاربة الاولى ألفين واقتسما الربح فأخذ رب المال ألفا والمضارب ألفا ثم هلك ما فى يد المضارب فان القسمة باطلة وما قبضه رب المال محسوب من رأس المال ورد المضارب نصف الالف الذى قبض لانه لما هلك ما فى يد المضارب من رأس المال قبل صحة القسمة صار ما قبضه رب المال رأس ماله واذا صار ذلك رأس المال تعين الربح فيما قبضه المضارب بالقسمة فيكون بينهما على الشرط فيجب عليه أن يرد نصفه وكذلك ان كان قد هلك ما قبضه المضارب من الربح يجب عليه أن يرد نصفه لانه تبين انه قبض نصيب رب المال من الربح لنفسه فصار ذلك مضمونا عليه ولو هلك ما قبض رب المال لم يتعين بهلاكه شئ لان ما هلك بعد القبض يهلك فى ضمان القابض فبقاؤه وهلاكه سواء قالوا ولو اقتسما الربح ثم اختلفا فقال المضارب قد كنت دفعت اليك رأس المال قبل القسمة وقال رب المال لم أقبض رأس المال قبل ذلك فالقول قول رب المال ويرد المضارب ما قبضه لنفسه تمام رأس المال يحتسب على رأس رب المال بما قبض من رأس ماله ويتم له رأس المال بما يرده المضارب فان بقى شئ بعد ذلك مما قبضه المضارب كان بينهما نصفين وانما كان كذلك لان المضارب يدعى انها رأس المال ورب المال ينكر ذلك والمضارب وان كان أمينا لكن القول قول الامين فى اسقاط الضمان عن نفسه لا فى التسليم الى غيره ولان المضارب يدعى خلوص ما بقى من المال والربح ورب المال يجحد ذلك فلا يقبل قول المضارب فى الاستحقاق فان أقاما البينة فالبينة بينة المضارب لانها تثبت ايفاء رأس المال ولا يقال الظاهر شاهد للمضارب فيما ادعاه من ايفاء رأس المال اذ الربح لا يكون الا بعد الايفاء اذ هو شرط صحة قسمة الربح لانا نقول قد جرت عادة التجار بالمقاسمة مع بقاء رأس المال فى يد المضارب فلم يكن الظاهر شاهدا للمضارب وذكر ابن سماعة فى نوادره عن أبى يوسف فى رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة صحيحة ثم جعل رب المال يأخذ الخمسين والعشرين لنفقته والمضارب يعمل بالنفقة ويتربح فيما يشترى ويبيع ثم احتسبا فانهما يحتسبان برأس المال ألف درهم يوم يحتسبان والربح بينهما نصفان ولا يكون ما أخذ رب المال من النفقة نقصانا من رأس المال ولكنهما يحتسبا رأس المال ألفا من جميع المال وما بقى من ذلك فهو بينهما نصفان لانا لو جعلنا المقبوض من رأس المال بطلت المضاربة لان استرجاع رب المال رأس ماله يوجب بطلان المضاربة وهما لم يقصدا ابطالها فيجعل رأس المال فيما بقى لئلا يبطل هذا اذا كان فى المضاربة ربح فان لم يكن فيها ربح فلا شئ للمضارب لان الشرط قد صح فلا يستحق الا ما شرط وهو الربح ولم يوجد (وأما) الذى يستحقه رب المال فالربح المسمى اذا كان فى المال ربح وان لم يكن فلا شئ له على المضارب هذا كله حكم المضاربة الصحيحة (وأما) حكم المضاربة الفاسدة فليس للمضارب أن يعمل شيأ مما ذكرنا ان له أن يعمل فى المضاربة الصحيحة ولا يثبت بها شئ مما ذكرنا عن أحكام المضاربة الصحيحة ولا يستحق النفقة ولا الربح المسمى وانما له أجر مثل عمله سواء كان فى المضاربة ربح أو لم يكن لان المضاربة الفاسدة فى معنى الاجارة الفاسدة والاجير لا يستحق النفقة ولا المسمى فى الاجارة الفاسدة وانما يستحق أجر المثل والربح كله يكون لرب المال لان الربح نماء ملكه وانما يستحق المضارب شطرا منه بالشرط ولم يصح الشرط فكان كله لرب المال والخسران عليه والقول قول المضارب فى دعوى الهلاك والضياع والهلاك فى المضاربة الفاسدة مع يمينه هكذا ذكر فى ظاهر الرواية وجعل المال فى يده أمانة كما فى المضاربة الصحيحة وذكر الطحاوى فيه اختلافا وقال لا ضمان عليه فى قول أبى حنيفة وعندهما يضمن كما فى الاجير المشترك اذا هلك المال فى يده

﴿ فصل ﴾ وأما صفة هذا العقد فهو انه عقد غير لازم ولكل واحد منهما أعني رب المال والمضارب الفسخ لكن عند وجود شرطه وهو علم صاحبه لما ذكرنا في كتاب الشركة ويشترط أيضا أن يكون رأس المال عيناً وقت الفسخ دراهم أو دنانير حتى لو نهى رب المال المضارب عن التصرف ورأس المال عروض وقت النهي لم يصح نهيه وله أن يبيعها لانه يحتاج الى بيعها بالدراهم والدنانير ليظهر الربح فكان النهي والفسخ ابطالا لحقه في التصرف فلا يملك ذلك وان كان رأس المال دراهم أو دنانير وقت الفسخ والنهي صح الفسخ والنهي لكن له أن يصرف الدراهم الى الدنانير والدنانير الى الدراهم لان ذلك لا يعد بيعاً لاتحادهما في الثمنية

﴿ فصل ﴾ وأما حكم اختلاف المضارب ورب المال فان اختلفا في العموم والخصوص فالقول قول من يدعي العموم بان ادعى أحدهما المضاربة في عموم التجارات أو في عموم الامكنة أو مع عموم من الاشخاص وادعى الآخر نوعاً دون نوع ومكاناً دون مكان وشخصاً دون شخص لان قول من يدعي العموم موافق للمقصود بالعقد اذ المقصود من العقد هو الربح وهذا المقصود في العموم أوفر وكذلك لو اختلفا في الاطلاق والتقييد فالقول قول من يدعي الاطلاق حتى لو قال رب المال أذنت لك أن تتجر في الحنطة دون ما سواها وقال المضارب ما سميت لي تجارة بعينها فالقول قول المضارب مع يمينه لان الاطلاق أقرب الى المقصود بالعقد على ما بينا وقال الحسن بن زياد ان القول قول رب المال في الفصلين جميعاً وقيل انه قول زفر (ووجهه) ان الاذن يستفاد من رب المال فكان القول في ذلك قوله فان قامت لهما بينة فالبينة بينة مدعي العموم في دعوى العموم والخصوص لانها تثبت زيادة وفي دعوى التقييد والاطلاق البينة بينة مدعي التقييد لانها تثبت زيادة فيه وبينة الاطلاق ساكتة ولو اتفقا على الخصوص لكنهما اختلفا في ذلك الخاص فقال رب المال دفعت المال اليك مضاربة في البز وقال المضارب في الطعام فالقول قول رب المال في قولهم جميعاً لانه لا يمكن الترجيح هنا بالمقصود من العقد لاستوائهما في ذلك فترجح بالاذن وانه يستفاد من رب المال فان أقاما البينة فالبينة بينة المضارب لان بينته مثبتة وبينة رب المال نافية لانه لا يحتاج الى الاثبات والمضارب يحتاج الى الاثبات لدفع الضمان عن نفسه فالبينة المثبتة للزيادة أولى وقد قالوا في البينتين اذا تعارضتا في صفة الاذن وقد وقتتا ان الوقت الاخير أولى لان الشرط الثاني ينقض الاول فكان الرجوع اليه أولى وان اختلفا في قدر رأس المال والربح فقال رب المال كان رأس مالي ألفين وشرطت لك ثلث الربح وقال المضارب رأس المال ألف وشرطت لي نصف الربح فان كان في يد المضارب ألف درهم يقر انها مال المضاربة فالقول قول المضارب في ان رأس المال ألف والقول قول رب المال انه شرط ثلث الربح وهذا قول أبي حنيفة الآخر وهو قول أبي يوسف ومحمد وكان قوله الاول ان القول قول رب المال في الامرين جميعاً وهو قول زفر (وجه) قوله الاول ان الربح يستفاد من أصل المال وقد اتفقا على ان جملة المال مضاربة وادعى المضارب استحقاقاً فيها ورب المال ينكر ذلك فكان القول قوله بخلاف ما اذا قال المضارب بعض هذه الالفين خلطته بها أو بضاعة في يدي لانهما ما اتفقا على ان الجميع مال المضاربة ومن كان في يده شيء فالقول قوله (وجه) قوله الآخر ان القول في مقدار رأس المال قول المضارب لانهما اختلفا في مقدار المقبوض فكان القول قول القابض ألا ترى انه لو أنكر القبض أصلا وقال لم أقبض منك شيأ كان القول قوله فكذا اذا أنكر البعض دون البعض وانما كان القول قول رب المال في مقدار الربح لان شرط الربح يستفاد من قبله فكان القول في مقدار المشروط قوله ألا ترى انه لو أنكر الشرط رأسا فقال لم أشرط لك ربحاً وانما دفعت اليك بضاعة كان القول قوله فكذا اذا أقر بالبعض دون البعض واذا كان القول قول المضارب في قدر رأس المال في قوله الاخير فالقول قول رب المال في مقدار الربح في قولهم يجعل رأس المال ألف درهم ويجعل للمضارب ثلث الالف الاخرى فلا يقبل قول رب المال في زيادة رأس المال ولا يقبل قول المضارب في زيادة شرط الربح وعلى قوله الاول يأخذ رب المال الالفين جميعاً وان كان في يده ثلاثة آلاف درهم والمسئلة بحالها أخذ رب المال ألف درهم على قوله الاخير

واقتسما ما بقى من المال أثلاثا وعلى قوله الاول يأخذ رب المال ألفى درهم و يأخذ ثلثى الالف الاخرى لما بينا وان كان فى يد المضارب قدر ما ذكر انه قبض من رأس المال أو أقل ولم يكن فى يده أكثر مما أقر فالقول قول المضارب عندهم جميعاً لانه لا سبيل الى قبول قول رب المال فى ايجاب الضمان على المضارب فان جاء المضارب بثلاثة آلاف فقال ألف رأس المال وألف ربح وألف وديعة لآخر أو مضاربة لآخر أو بضاعة لآخر أو شركة لآخر أو على ألف دين فالقول فى الوديعة والشركة والبضاعة والدين قول المضارب فى الاقاويل كلها لان من فى يده شئ فالظاهر انه له الا أن يعترف به لغيره ولم يعترف لرب المال بهذه الالف فكان القول قوله فيها وكل من جعلنا القول قوله فى هذا الباب فهو مع يمينه ومن أقام منهما بينة على ما يدعى من فضل فالبينة بينة كل واحد منهما تثبت زيادة فبينة رب المال تثبت زيادة فى رأس المال و بينة المضارب تثبت زيادة فى الربح وقال محمد رحمه الله اذا قال رب المال شرطت لك ثلث الربح وزيادة عشرة دراهم وقال المضارب بل شرطت لى الثلث فالقول قول المضارب لانهما اتفقا على شرط الثلث وادعى رب المال زيادة لا منفعة له فيها الا فساد العقد فلا يقبل قوله وان قامت لهما بينة فالبينة بينة رب المال لانها تثبت زيادة شرط ولو قال رب المال شرطت لك الثلث الا عشرة وقال المضارب بل شرطت لى الثلث فالقول قول رب المال لانه أقر له ببعض الثلث والمضارب يدعى تمام الثلث فلا يقبل قوله فى زيادة شرط الربح وفى هذا نوع اشكال وهو ان المضارب يدعى صحة العقد ورب المال يدعى فساده فينبغى أن يكون القول قول المضارب والجواب ان دعوى رب المال وان تعلق به فساد العقد لكنه منكر لزيادة يدعيها المضارب فيعتبر انكاره لانه مفيد فى الجملة ولو قال رب المال شرطت لك نصف الربح وقال المضارب شرطت لى مائة درهم أو لم تشترط لى شيأ ولى أجر المثل فالقول قول رب المال لان المضارب يدعى أجرا واجبا فى ذمة رب المال ورب المال ينكر ذلك فيكون القول قوله فان أقام رب المال البينة على شرط النصف وأقام المضارب البينة على انه لم يشترط له شيأ فالبينة بينة رب المال لانها مثبتة للشرط و بينة المضارب نافية والمثبتة أولى ولو أقام المضارب البينة انه شرط له مائة درهم فبينته أولى لان البينتين استويا فى اثبات الشرط و بينة المضارب أوجبت حكما زائدا وهو ايجاب الاجر على رب المال فكانت أولى وذكر الكرخى رحمه الله انهم جعلوا حكم المزارعة فى هذا الباب حكم المضاربة الا فى هذا الفصل خاصة وهو انه اذا أقام رب الارض والبذر البينة على انه شرط للعامل نصف الخارج وقال العامل شرطت لى مائة قفيز فالبينة بينة الدافع وفى المضاربة البينة بينة المضارب والفرق بينهما ان المزارعة عقد لازم فى جانب العامل بدليل ان من لا بذر له من جهته لو امتنع من العمل يجبر عليه فرجحنا بينة من يدعى الصحة والمضاربة ليست بلازمة فان المضارب لو امتنع من العمل لا يجبر عليه فلم يقع الترجيح بالتصحيح فرجحنا بايجاب الضمان وهو الاجر ولو قال رب المال دفعت اليك بضاعة وقال المضارب مضاربة بالنصف أو مائة درهم فالقول قول رب المال لان المضارب يستفيد الربح بشرطه وهو منكر فكان القول قوله انه لم يشترط ولان المضارب يدعى استحقاقا فى مال الغير فالقول قول صاحب المال ولو قال المضارب أقرضتنى المال والربح لى وقال رب المال دفعت اليك مضاربة أو بضاعة فالقول قول رب المال لان المضارب يدعى عليه التمليك وهو منكر فان أقاما البينة فالبينة بينة المضارب لانها تثبت التمليك ولانه لا تنافى بين البينتين لجواز أن يكون أعطاه بضاعة أو مضاربة ثم أقرضه ولو قال المضارب دفعت الى مضاربة وقال رب المال أقرضتك فالقول قول المضارب لانهما اتفقا على أن الاخذ كان باذن رب المال ورب المال يدعى على المضارب الضمان وهو ينكر فكان القول قوله فان قامت لهما بينة فالبينة بينة رب المال لانها تثبت أصل الضمان ولو جحد المضارب المضاربة أصلا ورب المال يدعى دفع المال اليه مضاربة فالقول قول المضارب لان رب المال يدعى عليه قبض ماله وهو ينكر فكان القول قوله ولو جحد ثم أقر فقد قال ابن سماعة فى نوادره سمعت أبا يوسف قال فى رجل دفع الى رجل مالا مضاربة ثم طلبه منه فقال لم تدفع الى شيأ ثم قال بلى استغفر الله العظيم قد دفعت الى ألف درهم مضاربة فهو ضامن للمال لانه أمين والامين اذا جحد الامانة ضمن كالمودع وهذا لان عقد

المضاربة ليس بعقد لازم بل هو عقد جائز محتمل للفسخ فكان جحوده فسخا له أو رفعا له واذا ارتفع العقد صار المال مضمونا عليه كالوديعة فان اشترى بها مع الجحود كان مشتريا لنفسه لانه ضامن للمال فلا يبقى حكم المضاربة لان من حكم المضارب أن يكون المال أمانة في يده فاذا صار ضمينا لم يبق أمينا فان أقر بعد الجحود لا يرتفع الضمان لان العقد قد ارتفع بالجحود فلا يعود الا بسبب جديد فان اشترى بها بعد الاقرار فالقياس أن يكون ما اشتراه لنفسه لانه قد ضمن المال بجحوده فلا يبرأ منه بفعله وفي الاستحسان يكون ما اشتراه على المضاربة ويبرأ من الضمان لان الامر بالشراء لم يرتفع بالجحود بل هو قائم مع الجحود لان الضمان لا ينافي الامر بالشراء بدليل ان من غصب من آخر شيأ فأمر المغصوب منه الغاصب ببيع المغصوب أو بالشراء به صح الامر وان كان المغصوب مضمونا على الغاصب واذا بقي الامر بعد الجحود فاذا اشترى بموجب الامر وقع الشراء للآمر ولن يقع الشراء له الا بعد انتفاء الضمان وصار كالغاصب اذا باع المغصوب بأمر المالك وسلم انه يبرأ من الضمان كذا هذا وقوله المال صار مضمونا عليه فلا يبرأ من الضمان بفعله قلنا العين المضمونة يجوز أن يبرأ الضامن منها بفعله كالمغصوب منه اذا أمر الغاصب أن يجعل المغصوب في موضع كذا أو يسلمه الى فلان انه يبرأ بذلك من الضمان وكذلك رجل دفع الى رجل ألف درهم فأمره أن يشتري بها عبدا فجحده الالف ثم أقر بها ثم اشترى جاز الشراء ويكون للآمر وبرئ الجاحد من الضمان ولو اشترى بها عبدا ثم أقر لم يبرأ عن الضمان وكان الشراء له لما ذكرنا في المضارب ولو دفع اليه ألفا وأمره أن يشتري بها عبدا بعينه ثم جحد الالف ثم اشترى بها العبد ثم أقر بالالف فان العبد للآمر لان الوكيل بشراء العبد بعينه لا يملك أن يشتريه لنفسه فتعين أن يكون الشراء للآمر فصار كأنه أقر ثم اشترى بخلاف المضارب لانه يملك أن يشتري لنفسه فلا يحمل على الشراء لرب المال الا أن يقر بالمال قبل الشراء وقال أبو يوسف في المأمور ببيع العبد اذا جحده اياه فادعاه لنفسه ثم أقر له به ان البيع جائز وهو برئ من ضمانه وكذلك لو دفع اليه عبدا فأمره أن يهبه لفلان فجحده وادعاه لنفسه ثم أقر له به فباعه ان البيع جائز وهو برئ من ضمانه وكذلك ان أمره بعتقه فجحده وادعاه لنفسه ثم أقر له به فأعتقه جاز عتقه لما ذكرنا ان الامر بعد الجحود قائم فاذا جحد ثم أقر فقد تصرف بأمر رب المال فيبرأ من الضمان ولو باع العبد أو وهبه أو أعتقه ثم أقر بذلك بعد البيع قال ابن سماعة ينبغي في قياس ما اذا دفع اليه الفا وأمره أن يشتري بها عبدا بعينه انه يجوز ويلزم الآمر لانه لا يملك أن يبيع العبد لنفسه وقال هشام سمعت محمدا قال في رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة فجاء بألف وخمسمائة فقال هذه الالف رأس المال وهذه الخمسمائة ربح وسكت ثم قال على دين فيه لفلان كذا كذا قال محمد القول قول المضارب وقال الحسن بن زياد اذا أقر المضارب انه عمل بالمال وان في يده عشرة آلاف وعلى فيها دين الف أو الفان فقال ذلك في كلام متصل كان القول قوله مع يمينه يدفع الدين منه سمى صاحبه أو لم يسمه وان سكت سكتة ثم أقر بذلك وسمى صاحبه أو لم يسمه لم يصدق قال وهذا قياس قول أبي حنيفة وهذا الذي ذكره الحسن يخالف ما قال محمد (ووجهه) انه اذا قال في يدي عشرة آلاف وسكت فقد أقر بالربح فاذا قال على دين الف فقد رجع عما أقر به لان الربح لا يكون الا بعد قضاء الدين والاقرار اذا صح لا يحتمل الرجوع عنه بخلاف ما اذا قال ذلك متصلا لان الاقرار لم يستقر بعد وكان بمنزلة الاستثناء (وجه) قول محمد ان أقر بالدين في حال يملك الاقرار به فينفذ اقراره كما اذا قال هذا ربح وعلى دين وقوله ان قوله على دين بعد ما سكت يكون رجوعا عما أقر به من الربح ممنوع فانه يجوز انه ربح ثم لزمه الدين ألا ترى ان الرجل يقول قد ربحت ولزمني دين وهو يملك الاقرار بالدين فاذا أقر به صح ولو جاء المضارب بألفين فقال الف رأس المال وألف ربح ثم قال ما أربح الا خمسمائة ثم هلك المال كله في يد المضارب فان المضارب يضمن الخمسمائة التي جحدها ولا ضمان عليه في باقي المال لان الربح أمانة في يده فاذا جحده فقد صار غاصبا بالجحود فيضمن اذا هلك ولو قال المضارب لرب المال قد دفعت اليك رأس مالك والذي بقي في يدي ربح ثم رجع فقال لم أدفعه اليك ولكن هلك فانه يضمن ما ادعى دفعه الى رب المال لانه صار

جاحد بدعوى الدفع فيضمن بالجحود وكذلك لو اختلفا في الربح ثم رجع فقال لم أدفعه اليك ولكنه هلك فانه يضمن ما ادعى دفعه الى رب المال لما بينا ولو اختلفا في الربح فقال رب المال شرطت لك الثلث وقال المضارب شرطت الى النصف ثم هلك المال في يد المضارب قال محمد يضمن المضارب السدس من الربح يؤديه الى رب المال من ماله خاصة ولا ضمان عليه فيما سوى ذلك لانا قد بينا أن القول في شرط الربح قول رب المال واذا كان كذلك فنصيب المضارب الثلث وقد ادعى النصف ومن ادعى أمانة في يده ضمنها لذلك يضمن سدس الربح والله عز وجل الموفق

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يبطل به عقد المضاربة فعقد المضاربة يبطل بالفسخ و بالنهي عن التصرف لكن عند وجود شرط الفسخ والنهي وهو علم صاحبه بالفسخ والنهي وأن يكون رأس المال عينا وقت الفسخ والنهي فان كان متاعا لم يصح وله أن يبيعه بالدراهم والدنانير حتى ينض كما ذكرنا فيما تقدم وان كان عينا صح لكن له صرف الدراهم الى الدنانير والدنانير الى الدراهم بالبيع لما ذكرنا أن ذلك لا يعد بيعا لتجانسهما في معنى الثمنية وتبطل بموت أحدهما لان المضاربة تشتمل على الوكالة والوكالة تبطل بموت الموكل والوكيل وسواء علم المضارب بموت رب المال أو لم يعلم لانه عزل حكمي فلا يقف على العلم كما في الوكالة الا أن رأس المال اذا صار متاعا فللوكيل أن يبيع حتى يصير ناضا لما بينا وتبطل بجنون أحدهما اذا كان مطبقا لانه يبطل أهلية الامر للآمر وأهلية التصرف للمأمور وكل ما تبطل به الوكالة تبطل به المضاربة وقد تقدم في كتاب الوكالة تفصيله ولو ارتد رب المال فباع المضارب واشترى بالمال بعد الردة فذلك كله موقوف في قول أبي حنيفة عليه الرحمة ان رجع الى الاسلام بعد ذلك نفذ كله والتحقت ردته بالعدم في جميع أحكام المضاربة وصار كأنه لم يرتد أصلا وكذلك ان لحق بدار الحرب ثم عاد مسلما قبل أن يحكم بلحاقه بدار الحرب على الرواية التي يشترط حكم الحاكم بلحاقه للحكم بموته وصيرورة أمواله ميراثا لورثته فان مات أو قتل على الردة أو لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه بطلت المضاربة من يوم ارتد على أصل أبي حنيفة عليه الرحمة أن ملك المرتد موقوف ان مات أو قتل أو لحق فحكم باللحوق يزول ملكه من وقت الردة الى ورثته و يصير كأنه مات في ذلك الوقت فيبطل تصرف المضارب بامره لبطلان أهلية الامر ويصير كأنه تصرف في ملك الورثة فان كان رأس المال يومئذ قائما في يده لم يتصرف فيه ثم اشترى بعد ذلك فالمشترى و ربحه يكون له لانه زال ملك رب المال عن المال فينعزل المضارب عن المضاربة فصار متصرفا في ملك الورثة بغير أمرهم وان كان صار رأس المال متاعا فبيع المضارب فيه وشراؤه جائز حتى ينض رأس المال لما ذكرنا في هذه الحالة لا ينعزل بالعزل والنهي ولا بموت رب المال فكذلك ردته فان حصل في يد المضارب دنانير ورأس المال دراهم أو حصل في يده دراهم ورأس المال دنانير فالقياس أن لا يجوز له التصرف لان الذي حصل في يده من جنس رأس المال معنى لاتحادهما في الثمنية فيصير كأن عين المال قائم في يده الا انهم استحسنوا فقالوا ان باعه بجنس رأس المال جاز لان على المضارب ان يرد مثل رأس المال فكان له ان يبيع ما في يده كالعروض وأما على أصل أبي يوسف ومحمد فالردة لا تقدح في ملك المرتد فيجوز تصرف المضارب بعد ردة رب المال كما يجوز تصرف رب المال بنفسه عندهما فان مات رب المال أو قتل كان موته كموت المسلم في بطلان عقد المضاربة وكذلك ان لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه لان ذلك بمنزلة الموت بدليل ان ماله يصير ميراثا لورثته فبطل أمره في المال فان لم يرتد رب المال ولكن المضارب ارتد فالمضاربة على حالها في قولهم جميعاً لان وقوف تصرف رب المال بنفسه لوقوف ملكه ولا ملك للمضارب فيما يتصرف فيه بل الملك لرب المال ولم توجد منه الردة فبقيت المضاربة الا انه لا عهدة على المضارب وانما العهدة على رب المال في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله لان العهدة تلزم بسبب المال فتكون على رب المال وصار كما لو وكل صبياً محجوراً أو عبداً محجوراً فاما على قولهما فالعهدة عليه لان تصرفه كتصرف المسلم وان مات المضارب أو قتل على الردة بطلت المضاربة لان موته في الردة كموته قبل الردة وكذا اذا لحق بدار الحرب وقضى بلحوقه لان ردته مع اللحاق والحكم به بمنزلة موته في بطلان تصرفه فان لحق المضارب

بدار

بدار الحرب بعد ردته فباع واشترى هنالك ثم رجع مسلماً فجميع ما اشترى وباع في دار الحرب يكون له ولا ضمان عليه في شيء من ذلك لأنه لما لحق بدار الحرب صار كالحربي إذا استولى على مال انسان ولحق بدار الحرب انه يملكه فكذا المرتد وأما ارتداد المرأة وعدم ارتدادها سواء في قولهم جميعاً سواء كان المال لها أو كانت مضاربة لأن ردتها لا تؤثر في ملكها الا ان تموت فتبطل المضاربة كما لو ماتت قبل الردة أو لحقت بدار الحرب وحكم بلحاقها لما ذكرنا ان ذلك بمنزلة الموت وتبطل بهلاك مال المضاربة في يد المضارب قبل ان يشترى به شيئاً في قول أصحابنا لأنه تعين لعقد المضاربة بالقبض فيبطل العقد بهلاكه كالوديعة وكذلك لو استهلكه المضارب أو أنفقه أو دفعه الى غيره فاستهلكه لما قلنا حتى لا يملك ان يشترى به شيئاً للمضاربة فان أخذ مثله من الذي استهلكه كان له ان يشترى به على المضاربة كذا روى الحسن عن أبي حنيفة لأنه أخذ عوض رأس المال فكان أخذ عوضه بمنزلة اخذ ثمنه فيكون على المضاربة وروى ابن رستم عن محمد انه لو أقرضها المضارب رجلاً فان رجع اليه الدراهم بعينها رجعت على المضاربة لأنه وان تعدى يضمن لكن زال التعدي فيزول الضمان المتعلق به وان أخذ مثلها لم يرجع في المضاربة لأن الضمان قد استقر بهلاك العين وحكم المضاربة مع الضمان لا يجتمعان وهذا يخالف ما رواه الحسن بن زياد عن أبي حنيفة في الاستهلاك هذا اذا هلك مال المضاربة قبل ان يشترى المضارب شيئاً فان هلك بعد الشراء بان كان مال المضاربة ألفاً فاشترى بها جارية ولم ينقد الثمن البائع حتى هلكت الالف فقد قال أصحابنا الجارية على المضاربة ويرجع على رب المال بالالف فيسلمها الى البائع وكذلك ان هلكت الثانية التي قبض يرجع بمثلها على رب المال وكذلك سبيل الثالثة والرابعة وما بعد ذلك أبداً حتى يسلم الى البائع ويكون ما دفعه أولا رب المال وما غرم كله من رأس المال وانما كان كذلك لأن المضارب متصرف لرب المال فيرجع بما لحقه من الضمان بتصرفه له كالوكيل غير ان الفرق بين الوكيل والمضارب ان الوكيل اذا هلك الثمن في يده فرجع بمثله الى الموكل ثم هلك الثاني لم يرجع على الموكل والمضارب يرجع في كل مرة ووجه الفرق ان الوكالة قد انتهت بشراء الوكيل لأن المقصود من الوكالة بالشراء استفادة ملك المبيع لا الربح فاذا اشترى فقد حصل المقصود فانتهى عقد الوكالة بانتهائه ووجب على الوكيل الثمن للبائع فاذا هلك في يده قبل ان ينقده البائع وجب للوكيل على الموكل مثل ما وجب للبائع عليه فاذا قبضه مرة فقد استوفى حقه فلا يجب له عليه شيء آخر فاما المضاربة فانها لا تنتهي بالشراء لأن المقصود منها الربح ولا يحصل الا بالبيع والشراء مرة بعد أخرى فاذا بقي العقد فكان له ان يرجع ثانياً وثالثاً وما غرم رب المال مع الاول يصير كله رأس المال لأنه غرم لرب المال بسبب المضاربة فيكون كله من مال المضاربة ولأن المقصود من هذا العقد هو الربح فلو لم يصر ما غرم رب المال من رأس المال ويهلك مجاناً يتضرر به رب المال لأنه يخسر ويربح المضارب وهذا لا يجوز ولو قبض المضارب الالف الاولى فتصرف فيها حتى صارت ألفين ثم اشترى بها جارية قيمتها ألفان فهلكت الالفان قبل ان ينقدها البائع فانه يرجع على رب المال بألف وخمسمائة ويغرم المضارب من ماله خمسمائة وهي حصته من الربح فيكون ربع الجارية للمضارب خاصة وثلاثة أرباعها على المضاربة ورأس المال في هذه الثلاثة الارباع ألفان وخمسمائة وانما كان كذلك لأنه لما اشترى الجارية بألفين فقد اشتراها ارباعاً ربعها للمضارب وثلاثة أرباعها لرب المال لأنه اشتراها بعدما ظهر ملك المضارب في الربح لأنه اشتراها بألفين ورأس المال ألف فحصة رب المال من الربح خمسمائة وحصة المضارب خمسمائة فما اشتراه لرب المال رجع عليه وما اشتراه لنفسه فضمانه عليه وانما خرج ربع الجارية من المضاربة لأن القاضي لما ألزمه ضمان حصته من الربح فقد عينه ولا يتعين الا بالقيمة فخرج الربح من المضاربة وبقي الباقي على ما كان عليه وقد لزم رب المال ألف وخمسمائة بسبب المضاربة فصار ذلك زيادة في رأس المال فصار رأس المال ألفين وخمسمائة فان بيعت هذه الجارية بأربعة آلاف منها للمضارب ألف لأن ذلك حصته من الربح فكان ملكه وبقي ثلاثة آلاف على المضاربة لرب المال منها ألفان وخمسمائة رأس ماله يبقى ربح خمسمائة

فيكون بينهما نصفين على الشرط ولوكانت الجارية تساوى ألفين والشراء بألف وهى مال المضاربة فضاعت غرمها رب المال كلها لان الشراء اذا وقع بألف فقد وقع بثمن كله رأس المال وانما يظهر الربح فى الثانى فيكون الضمان على رب المال بخلاف الفصل الاول فان هناك الشراء وقع بالفين فظهر ربح المضارب وهلك ربع الجارية فيغرم حصة ذلك الربع من الثمن وروى عن محمد فى المضارب اذا اشترى جارية بالفى درهم الف ربح وقيمتها ألف فضاعت الالفان قبل ان ينقدها البائع أنه على ان على المضارب الربع وهو خمسمائة وعلى رب المال ألف وخمسمائة وهذا على ما بينا قال محمد ولو اشترى جارية تساوى ألفين بامة تساوى ألفاً وقبض التى اشتراها ولم يدفع امته حتى ماتتا جميعاً فى يده فانه يغرم قيمة التى اشترى وهى ألف يرجع بذلك على رب المال لان المضمون عليه قيمة الجارية التى اشتراها ولا فضل فى ذلك عن رأس المال وهذا انما يجوز وهو ان يشترى المضارب جارية قيمتها ألف بالفين اذا كان رب المال قال له اشتر بالقليل والكثير والا فشراء المضارب على هذا الوجه لا يصح فى قولهم جميعاً وذكر ابن سماعه عن محمد فى موضع آخر فى نوادره فى رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف فاشترى المضارب وباع حتى صار المال ثلاثة آلاف فاشترى بثلاثة آلاف ثلاثة اعبد قيمة كل واحد ألف ولم ينقد المال حتى ضاع قال يغرم ذلك كله على رب المال ويكون رأس المال أربعة آلاف لان المضارب لم يتعين له ملك فى واحد من العبيد لان كل واحد منهم يجوز ان يكون رأس المال لهذا لا ينفذ عتقه فيهم فيرجع بجميع ثمنهم وقد علل محمد لهذا فقال من قبل ان المضارب لم يكن يجوز عتقه فى شيء من العبيد وهذا يخالف ماذكره الكرخى فانه قال ان محمداً يعتبر المضمون على المضارب الذى يغرمه دون ما وجب عليه من الثمن ومعنى هذا الكلام ان المضارب اذا قبض ولم ينقد الثمن حتى هلك كان المعتبر ما يجب عليه ضمانه فان كان ما يضمنه زائداً على رأس المال كان على المضارب حصة ذلك والا فلا وهذا بخلاف الاول لانا اذا اعتبرنا الضمان فقد ضمن أكثر من رأس المال فاما ان يجعل عن محمد روايتان أو يكون الشرط فيما صار مضموناً على المضارب ان يتعين حقه فيه وهنا وان ضمن فانه لم يتعين حقه فيه وأما تعليله بعدم نفاذ العتق فلا يطرد لانه لو اشترى بالالفين جارية تساوى ألفاً يضمن وان لم ينفذ عتقه فيه الا ان يكون جعل نفوذ العتق فى الجارية المشتراة بالفين وقيمتها ألفان عليه لوجوب الضمان عليه فما لا ينفذ عتقه فيه يكون عكس العلة فلا يلزمه طرده فى جميع المواضع وقال محمد اذا اشترى المضارب عبداً بألف درهم وهى مال المضاربة ففقد المال فقال رب المال اشتريته على المضاربة ثم ضاع المال وقال المضارب اشتريته بعد ما ضاع وانا أرى ان المال عندى فاذا قد ضاع قبل ذلك فالقول قول المضارب لان الاصل فى كل من يشترى شيئاً أنه يعتبر مشترياً لنفسه ولان الحال يشهد به أيضاً وهو هلاك المال فكان الظاهر شاهداً للمضارب فكان القول قوله وذكر محمد فى المضاربة الكبيرة اذا اختلفا وقال رب المال ضاع قبل ان تشترى الجارية وانما اشتريتها لنفسك وقال المضارب ضاع المال بعدما اشتريتها وأنا أريد ان آخذك بالثمن ولا أعلم متى ضاع فالقول قول رب المال مع يمينه وعلى المضارب البينة أنه اشترى والمال عنده انما ضاع بعد الشراء لان رب المال ينفى الضمان عن نفسه والمضارب يدعى عليه الضمان ليرجع عليه بالثمن لانه يدعى وقوع العقد له ورب المال ينكر ذلك فكان القول قوله ولان الحال وهو الهلاك شهد لرب المال فان أقاما البينة فالبينة بينة المضارب لانها تثبت الضمان فكانت أولى واذا انفسخت المضاربة ومال المضاربة ديون على الناس وامتنع عن التقاضى والقبض فان كان فى المال ربح أجبر على التقاضى والقبض وان لم يكن فيه ربح لم يجبر عليهما وقيل له أحل رب المال بالمال على الغرماء لانه اذا كان هناك ربح كان له فيه نصيب فيكون عمله عمل الاجير والاجير مجبور على العمل فيما التزم وان لم يكن هناك ربح لم تسلم له منفعة فكان عمله عمل الوكلاء فلا يجبر على اتمام العمل كما لا يجبر الوكيل على قبض الثمن غير انه يؤمر المضارب أو الوكيل ان يحيل رب المال على الذى عليه الدين حتى يمكنه قبضه لان حقوق العقد راجعة الى العاقد فلا تثبت ولاية القبض للآمر الا بالحوالة من العاقد فيلزمه ان يحيله بالمال حتى لا يتوى حقه ولو ضمن العاقد

لرب المال هذا الدين الذى عليه لم يجز ضمانه لان العاقد قد جعله أميناً فلا يملك ان يجعل نفسه ضميناً فيما جعله العاقد أميناً ولو مات المضارب ولم يوجد مال المضاربة فيما خلف فانه يعود ديناً فيما خلف المضارب وكذا المودع والمستعير والمستبضع وكل من كان المال فى يده امانة اذا مات قبل البيان ولا تعرف الامانة بعينها فانه يكون عليه ديناً فى تركته لانه صار بالتجهيل مستهلكاً للوديعة ولا تصدق ورثته على الهلاك والتسليم الى رب المال ولو عين الميت المال فى حال حياته أو علم ذلك يكون ذلك امانة فى يد وصيه أوفى يد وارثه كما كان فى يده و يصدقون على الهلاك والدفع الى صاحبه كما يصدق الميت فى حال حياته والله عز وجل أعلم

﴿ كتاب الهبة ﴾

الكلام فى هذا الكتاب فى الاصل فى ثلاثة مواضع فى بيان ركن الهبة وفى بيان شرائط الركن وفى بيان حكم الهبة أما ركن الهبة فهو الايجاب من الواهب فاما القبول من الموهوب له فليس بركن استحساناً والقياس ان يكون ركناً وهو قول زفر وفى قول قال القبض أيضاً ركن وفائدة هذا الاختلاف تظهر فيمن حلف لا يهب هذا الشئ لفلان فوهبه منه فلم يقبل انه يحنث استحسانا وعند زفر لا يحنث مالم يقبل وفى قول مالم يقبل و يقبض وأجمعوا على انه اذا حلف لا يبيع هذا الشئ لفلان فباعه فلم يقبل انه لا يحنث وعلى هذا الخلاف اذا قال رجل لآخر وهبت هذا الشئ منك فلم يقبل فقال المقر له لا بل قبلت فالقول قول المقر عندنا وعنده القول قول المقر له وأجمعوا على انه لو قال بعت هذا الشئ منك فلم تقبل فقال المقر له لا بل قبلت ان القول قول المقر له (وجه) القياس ان الهبة تصرف شرعى والتصرف الشرعى وجوده شرعا باعتباره وهو انعقاده فى حق الحكم والحكم لا يثبت بنفس الايجاب فلا يكون نفس الايجاب هبة شرعا لهذا أمكن الايجاب بدون القبول تبعا كذا هذا (وجه) الاستحسان ان الهبة فى اللغة عبارة عن مجرد ايجاب المالك من غير شريطة القبول وانما القبول والقبض لثبوت حكمها لا لوجودها فى نفسها فاذا أوجب فقد أتى بالهبة فترتب عليها الاحكام والدليل على ان وقوع التصرف هبة لا يقف على القبول ما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال لا تجوز الهبة الا مقبوضة محوزة أطلق اسم الهبة بدون القبض والحيازة وروى ان الصعب بن جثامة أهدى الى النبى عليه الصلاة والسلام حمار وحش وهو بالابواء وفى رواية بودان فرده النبى عليه الصلاة والسلام وقال لولا انا حرام والا لقبلنا فقد أطلق الراوى اسم الاهداء بدون القبول والاهداء من الفاظ الهبة وروى ان سيدنا أبا بكر الصديق رضى الله عنه دعى سيدتنا عائشة رضى الله عنها فى مرض موته فقال لها انى كنت نحلتك جداد عشرين وسقا من مالى بالعالية وانك لم تكونى قبضتيه ولا حرزتيه وانما هو اليوم مال الوارث أطلق الصديق رضى الله عنه اسم النحلى بدون القبض والنحلى من ألفاظ الهبة فثبت ان الهبة فى اللغة عبارة عن نفس ايجاب الملك والاصل ان معنى التصرف الشرعى هو مادل عليه اللفظ لغة بخلاف البيع فانه اسم الايجاب مع القبول فلا يطلق اسم البيع لغة وشريعة على أحدهما دون الآخر فمالم يوجدا لا يتسم التصرف بسمة البيع ولان المقصود من الهبة هو اكتساب المدح والثناء باظهار الجود والسخاء وهذا يحصل بدون القبول بخلاف البيع وكذا الغرض من الحلف هو منع النفس عن مباشرة المحلوف عليه وذلك هو الايجاب لانه فعل الواهب فيقدر على منع نفسه عنه (فأما) القبول والقبض ففعل الموهوب له فلا يكون مقدور الواهب والملك حكم شرعى ثبت جبرا من الله تعالى شاء العبد أو أبى فلا يتصور منع النفس عنه أيضا بخلاف البيع فانه وان منع نفسه عن فعله وهو الايجاب الا أن الايجاب هناك لا يصير تبعا بدون القبول فشرط القبول ليصير تبعا فالايجاب هو أن يقول الواهب وهبت هذا الشئ لك أو ملكته منك أو جعلته لك أو هو لك أو أعطيته أو نحلته أو أهديته اليك أو أطعمتك هذا الطعام أو حملتك على هذه الدابة ونوى به الهبة (أما) قوله وهبت لك فصريح فى الباب وقوله ملكتك يجرى مجرى الصريح أيضا لان تمليك العين للحال من

غير عوض هو تفسير الهبة وكذا قوله جعلت هذا الشئ لك وقوله هو لك لان اللام المضاف الى من هو أهل للملك للتمليك فكان تمليك العين فى الحال من غير عوض وهو معنى الهبة وكذا قوله أعطيتك لان العطية المضافة الى العين فى عرف الناس هو تمليكها للحال من غير عوض وهذا معنى الهبة وكذا يستعمل الاعطاء استعمال الهبة يقال أعطاك الله كذا ووهبك بمعنى والنحلة هى العطية يقال فلان نحل ولده نحلى أى أعطاه عطية والهبة بمعنى العطية وقوله أطعمتك هذا الطعام فى معنى أعطيتك وقوله حملتك على هذه الدابة فانه يحتمل الهبة ويحتمل العارية فانه روى أن سيدنا عمر بن الخطاب رضى الله عنهما حمل رجلا على دابة ثم رآها تباع فى السوق فأراد أن يشتريها فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم لا ترجع فى صدقتك فاحتمل تمليك العين واحتمل تمليك المنافع فلا بد من النية للتعيين ولو قال منحتك هذا الشئ أو قال هذا الشئ لك منحة فهذا لا يخلو اما أن يكون ذلك الشئ مما يمكن الانتفاع به من غير استهلاك واما أن يكون مما لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه فان كان مما يمكن الانتفاع به من غير استهلاك كالدار والثوب والدابة والارض بان قال هذه الدار لك منحة أو هذا الثوب أو هذه الدابة أو هذه الارض فهو عارية لان المنحة فى الاصل عبارة عن هبة المنفعة أو ماله حكم المنفعة وقد أضيف الى ما يمكن الانتفاع به من غير استهلاكه من السكنى واللبس والركوب والزراعة لان منفعة الارض زراعتها فكان هذا تمليك المنفعة من غير عوض وهو تفسير الاعارة وكذا اذا قال لارض بيضاء هذه الارض لك طعمة كان عارية لان عين الارض مما لا يطعم وانما يطعم ما يخرج منها فكان طعمة الارض زراعتها فكان ذلك حينئذ اعارة ولصاحبها أن يأخذها اذا لم يكن فيها زرع وان كان فيها زرع فالقياس أن يكون له ولاية القلع كالبناء والغرس وفى الاستحسان يترك الى وقت الحصاد باجر المثل وسنذكر وجههما فى كتاب العارية ولو منحه شاة حلوبا أو ناقة حلوبا أو بقرة حلوبا وقال هذه الشاة لك منحة أو هذه الناقة أو هذه البقرة كان عارية وجاز له الانتفاع بلبنها لان اللبن وان كان عينا حقيقة فهو معدود من المنافع عرفا وعادة فأعطى له حكم المنفعة كأنه أباح له شرب اللبن فيجوز له الانتفاع بلبنها وكذلك لو منحه جديا أو عناقا كان له عارية لان الجدى بعرض أن يصير فحلا والعناق حلوبا وان عنى بالمنحة الهبة فى هذه المواضع على فهو ما عنى لانه نوى ما يحتمله لفظه وفيه تشديد على نفسه وان كان مما لا يمكن الانتفاع به الا بالاستهلاك كالمأكول والمشروب والدراهم والدنانير بأن قال هذا الطعام لك منحة أو هذا اللبن أو هذه الدراهم والدنانير كان هبة لان المنحة المضافة الى ما لا يمكن الانتفاع به الا بالاستهلاك لا يمكن حملها على هبة المنفعة فيحمل على هبة العين وهى تمليكها وتمليك العين للحال من غير عوض هو تغيير الهبة هذا اذا كان الايجاب مطلقا عن القرينة فأما اذا كان مقرونا بقرينة فالقرينة لا تخلو (اما) ان كان وقتا (واما) ان كان شرطا (واما) ان كان منفعة فان كان وقتا بأن قال أعمرتك هذه الدار أو صرح فقال جعلت هذه الدار لك عمرى أو قال جعلتها لك عمرك أو قال هى لك عمرك أو حياتك فاذا مت أنت فهى رد على أو قال جعلتها لك عمرى أو حياتى فاذا مت أنا فهى رد على ورثتى فهذا كله هبة وهى للمعمر له فى حياته ولورثته بعد وفاته والتوقيت باطل والاصل فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال أمسكوا عليكم أموالكم لا تعمروها فان من أعمر شيأ فانه لمن أعمره وروى جابر بن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه فانها للذى يعطاها لا يرجع الى الذى أعطاها لانه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث وعن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أعمر عمرى حياته فهى له ولعقبه يرثها من يرثه بعده فدلت هذه النصوص على جواز الهبة وبطلان التوقيت لان قوله جعلت هذه الدار لك أو هى لك تمليك العين للحال مطلقا ثم قوله عمرى توقيت التمليك وانه تغيير لمقتضى العقد وكذا تمليك الاعيان لا يحتمل التوقيت نصا كالبيع فكان التوقيت تصرفا مخالفا لمقتضى العقد والشرع فبطل وبقى العقد صحيحا وان كانت القرينة شرطا نظر الى الشرط المقرون فان كان مما يمنع وقوع التصرف تمليكا للحال يمنع صحة الهبة والا فيبطل الشرط وتصح الهبة وعلى هذا يخرج ما اذا قال أرقبتك هذه الدار أو صرح فقال

جعلت

جعلت هذه الدار لك رقبى أو قال هذه الدار لك رقبى ودفعها اليه فهي عارية في يده له أن يأخذها منه متى شاء وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف هذا هبة وقوله رقبى باطل احتج بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى والرقبى ولان قوله دارى لك تمليك العين لا تمليك المنفعة ولما قال رقبى فقد علقه بالشرط وانه لا يحتمل التعليق فبطل الشرط و بقي العقد صحيحا ولهذا لو قال دارى لك عمرى انه تصح الهبة و يبطل شرط المعمر كذا هذا واحتجا بما روى الشعبي عن شريح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى وأبطل الرقبى ومثلهما لا يكذب ولان قوله دارى لك رقبى تعليق التمليك بالخطر لان معنى الرقبى انه يقول ان مت أنا قبلك فهي لك وان مت أنت قبلي فهي لي سمي الرقبى من الرقوب والارتقاب والترقب وهو الانتظار لان كل واحد منهما ينتظر موت صاحبه قبل موته وذلك غير معلوم فكانت الرقبى تعليق التمليك بأمر له خطر الوجود والعدم والتمليكات مما لا تحتمل التعليق بالخطر فلم تصح هبة وصحت عارية لانه دفع اليه وأطلق له الانتفاع به وهذا معنى العارية وهذا بخلاف العمرى لان هناك وقع التصرف تمليكا للحال فهو بقوله عمرى وقت التمليك انه لا يحتمل التوقيت فبطل و بقي العقد على الصحة ولا حجة له في الحديث لان الرقبى تحتمل أن تكون من المراقبة وهي الانتظار و يحتمل أن تكون من الارقاب وهو هبة الرقبة فان لم يرد بها الاول كان حجة له وان أريد بها الثاني لا يكون حجة لان ذلك جائز فلا يكون حجة مع الاحتمال أو يحمل على الثاني توفيقا بين الحديثين صيانة لكلام من يستحيل عليه التناقض عنه و بهذا تبين أن لا اختلاف بينهم في الحقيقة ان كان الرقبى والارقاب مستعملان في اللغة في هبة الرقبة و ينبغي أن ينوي فان عنى به هبة الرقبة يجوز بلا خلاف وان عنى به مراقبة الموت لا يجوز بلا خلاف ولو قال لرجلين دارى لاطولكما حياة فهو باطل لانه لا يدرى أيهما أطول حياة فكان هذا تعليق التمليك بالخطر فبطل ولو قال دارى لك حبيس فهذا عارية عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف هو هبة وقوله حبيس باطل بمنزلة الرقبى (وجه) قوله أن قوله دارى لك تمليك وقوله حبيس نفي الملك فلم يصح النفي و بقي التمليك على حاله (وجه) قولهما أن قوله حبيس خرج تفسيرا لقوله لك فصار كأنه ابتدأ بالحبيس فقال دارى حبيس لك ولو قال ذلك كان عارية بالاجماع كذا هذا ولو قال دارى رقبى لك كان عارية اجماعا ذكره القاضي في شرحه مختصر الطحاوى ولو وهب جارية على أن يبيعها أو على أن يتخذها أم ولد أو على أن يبيعها لفلان أو على أن يردها عليه بعد شهر جازت الهبة و بطل الشرط لان هذه الشروط مما لم تمنع وقوع التصرف تمليكا للحال وهي شروط تخالف مقتضى العقد فتبطل و يبقى العقد على الصحة بخلاف شروط الرقبى على ما بينا و بخلاف البيع فانه تبطله هذه الشروط لان القياس أن لا يكون قران الشرط الفاسد لعقد ما مفسرا له لان ذكره في العقد لم يصح فيلحق بالعدم و يبقى العقد صحيحا الا أن الفساد في البيع للنهي الوارد فيه ولا نهي في الهبة فيبقى الحكم فيه على الاصل ولان دلائل شرعية الهبة عامة مطلقة من نحو قوله تعالى فان طبن لكم عن شئ منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا وهذا يجرى مجرى الترغيب في أكل المهر وقوله عليه الصلاة والسلام تهادوا تحابوا وهذا ندب الى التهادى والهدية هبة و روينا عن الصديق رضي الله عنه انه قال لسيدتنا عائشة رضي الله عنها اني كنت نحلتك كذا وكذا وعن سيدنا عمر رضي الله عنه انه قال من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فانه لا يرجع فيها ومن وهب هبة يرى انه أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها ان لم يرض عنها ونحوه من الدلائل المقتضية لشرعية الهبة من غير فصل بين ما قرن بها شرط فاسد أو لم يقرن وعلى هذا يخرج ما اذا وهب جارية واستثنى ما في بطنها أو وهب حيوانا واستثنى ما في بطنه أن الهبة جائزة في الام والولد جميعا والاستثناء باطل والكل للموهوب له وجملة الكلام في العقود التي فيها استثناء الحمل انها أقسام ثلاثة قسم منها يبطل و يبطل الاستثناء جميعا وقسم منها يصح و يبطل الاستثناء وقسم منها يصح و يصح الاستثناء (أما) الاول فهو البيع والاجارة والكتابة والرهن لان الاستثناء لما في البطن بمنزلة شرط فاسد وهذه العقود تبطل بالشروط الفاسدة (وأما) القسم الثاني فالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لان هذه العقود

لا تبطل بالشروط الفاسدة فيصح العقد و يبطل الاستثناء و يدخل الام والولد جميعا في العقد لان الشرط الفاسد وهو الاستثناء فيما اذا لم يصح التحق بالعدم فصار كأنه لم يستثن وكذا العتق بان أعتق جارية واستثنى ما في بطنها انه يصح العتق ولا يصح الاستثناء حتى يعتق الام والولد جميعا لما قلنا (وأما) القسم الثالث فالوصية بان أوصى لرجل بجارية واستثنى ما في بطنها لانه لما جعل الجارية وصية له واستثنى ما في بطنها فقد أبقى ما في بطنها ميراثا للورثة والميراث يجري فيما في البطن وهذا بخلاف ما اذا أوصى بجارية لرجل واستثنى خدمتها وغلتها للورثة انه تصح الوصية و يبطل الاستثناء لان الغلة والخدمة لا يجري فيهما الميراث بانفرادهما بدون الاصل ألا ترى انه لو أوصى بخدمتها وغلتها لانسان ومات الموصي ثم مات الموصى له بعد القبول لا تصير الغلة والخدمة ميراثا للورثة الموصى له بل تعود الى ورثة الموصي و بمثله لو أوصى بما في بطن جاريته لانسان والمسئلة بحالها فان الولد يصير ميراثا لورثة الموصى له وبما افترقا الا لما ذكرنا والله عز وجل أعلم وان كانت القرينة منفعة بان قال داري لك سكنى أو عمرى سكنى أو صدقة سكنى أو هبة سكنى أو سكنى هبة أو هي لك عمرى عارية ودفعها اليه فهذا كله عارية لانه لما ذكر السكنى في قوله داري لك سكنى أو عمرى سكنى أو صدقة سكنى دل على انه أراد تمليك المنافع لان قوله هذا لك ظاهره وان كان لتمليك العين لكنه يحتمل تمليك المنفعة لان الاضافة الى المستعير والمستأجر منفعة عرفا وشرعا وقوله سكنى موضوع للمنفعة لا تستعمل الا لها فكان محكما فجعل تفسيرا للمحتمل و بيانا انه أراد به تمليك المنفعة وتمليك المنفعة بغير عوض هو تفسير العارية وكذا قوله سكنى بعد ذكر الهبة يكون تفسيرا للهبة لان قوله هبة يحتمل هبة العين و يحتمل هبة المنافع فاذا قال سكنى فقد عين هبة المنافع فكان بيانا المراد المتكلم انه أراد هبة المنافع وهبة المنفعة تمليكها من غير عوض وهو معنى العارية واذا قال سكنى هبة فمعناها أن سكنى الدار هبة لك فكان هبة المنفعة وهو تفسير العارية ولو قال هي لك عمرى تسكنها أو هبة تسكنها أو صدقة تسكنها ودفعها اليه فهو هبة لانه ما فسر الهبة بالسكنى لانه لم يجعله نعتا فيكون بيانا للمحتمل بل وهب الدار منه ثم شاوره فيما يعمل بملكه والمشورة في ملك الغير باطلة فتعلقت الهبة بالعين وقوله تسكنها بمنزلة قوله لتسكنها كما اذا قال وهبتها لك لتؤاجرها ولو قال هي لك تسكنها كانت هبة أيضا لان الاضافة بحرف اللام الى من هو أهل الملك للتمليك وقوله تسكنها مشورة على ما بينا

﴿فصل﴾ وأما الشرائط فأنواع بعضها يرجع الى نفس الركن و بعضها يرجع الى الواهب و بعضها يرجع الى الموهوب و بعضها يرجع الى الموهوب له (أما) الاول فهو أن لا يكون معلقا بما له خطر الوجود والعدم من دخول زيد وقدوم خالد والرقبى ونحو ذلك ولا مضافا الى وقت بأن يقول وهبت هذا الشئ منك غدا أو رأس شهر كذا لان الهبة تمليك العين للحال وانه لا يحتمل التعليق بالخطر والاضافة الى الوقت كالبيع (وأما) ما يرجع الى الواهب فهو ان يكون ممن يملك التبرع لان الهبة تبرع فلا يملكها من لا يملك التبرع فلا تجوز هبة الصبي والمجنون لانهما لا يملكان التبرع لكونه ضررا محضا لا يقابله نفع دنيوي فلا يملكها الصبي والمجنون كالطلاق والعتاق وكذا الاب لا يملك هبة مال الصغير من غير شرط العوض بلا خلاف لان المتبرع بمال الصغير قربان ماله لا على وجه الاحسن ولانه لا يقابله نفع دنيوي وقد قال الله تعالى عز شأنه ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن ولانه اذا لم يقابله عوض دنيوي كان التبرع ضررا محضا وترك المرحمة في حق الصغير فلا يدخل تحت ولاية الولي لقوله عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا اضرار في الاسلام وقوله عليه الصلاة والسلام من لا يرحم صغيرنا فليس منا ولهذا لم يملك طلاق امرأته واعتاق عبده وسائر التصرفات الضارة المحضة وان شرط الاب العوض لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يجوز وعلى هذا هبة المكاتب والمأذون انه لا يجوز عندهما سواء كان بعوض أو بغير عوض وعنده يجوز بشرط العوض والاصل عندهما أن كل من لا يملك التبرع لا يملك الهبة لا بعوض ولا بغير عوض والاصل عنده أن كل من يملك البيع يملك الهبة بعوض (وجه) قول محمد أن الهبة تمليك فاذا شرط فيها العوض كانت تمليكا بعوض وهذا

تفسير البيع وانما اختلفت العبارة ولا عبرة باختلافها بعد اتفاق المعنى كلفظ البيع مع لفظة التمليك (ولهما) أن الهبة بشرط العوض تقع تبرعا ابتداء ثم تصير بيعا فى الانتهاء بدليل انها تفيد الملك قبل القبض ولو وقعت بيعا من حين وجودها لما توقف الملك فيه على القبض لان البيع يفيد الملك بنفسه دل انها وقعت تبرعا ابتداء وهؤلاء لا يملكون التبرع فلم تصح الهبة حين وجودها فلا يتصور أن تصير بيعا بعد ذلك (وأما) ما يرجع الى الموهوب فأنواع (منها) أن يكون موجودا وقت الهبة فلا تجوز هبة ما ليس بموجود وقت العقد بان وهب ما يثمر نخله العام وما تلد أغنامه السنة ونحو ذلك بخلاف الوصية والفرق أن الهبة تمليك للحال وتمليك المعدوم محال والوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت والاضافة لا تمنع جوازها وكذلك لو وهب ما فى بطن هذه الجارية أو ما فى بطن هذه الشاة أو ما فى ضرعها لا يجوز وان سلطه على القبض عند الولادة والحلب لانه لا وجه لتصحيحه للحال لاحتمال الوجود والعدم لان انتفاخ البطن قد يكون للحمل وقد يكون لداء فى البطن وغيره وكذا انتفاخ الضرع قد يكون باللبن وقد يكون بغيره فكان له خطر الوجود والعدم ولا سبيل لتصحيحه بالاضافة الى ما بعد زمان الحدوث لان التمليك بالهبة مما لا يحتمل الاضافة الى الوقت فبطل ولهذا لا يجوز بيعه بخلاف ما اذا وهب الدين من غير من عليه الدين وسلطه على القبض انه يصح استحسانا لانه أمكن تصحيحه للحال لكون الموهوب موجودا مملوكا للحال مقدور القبض بطريقه على ما سنذكره ان شاء الله تعالى وكذلك لو وهب زبدا فى لبن أو دهنا فى سمسم أو دقيقا فى حنطة لا يجوز وان سلطه على قبضه عند حدوثه لانه معدوم للحال فلم يوجد محل حكم العقد للحال فلم ينعقد ولا سبيل الى الاضافة الى وقت الحدوث فبطل أصلا بخلاف ما اذا وهب صوفا على ظهر الغنم وجزه وسلمه انه يجوز لان الموهوب موجود مملوك للحال الا أنه لم ينفذ للحال لمانع وهو كون الموهوب مشغولا بما ليس بموهوب فاذا جزه فقد زال المانع لزوال الشغل فينفذ عند وجود القبض كما لو وهب شقصا مشاعا ثم قسمه وسلمه (ومنها) أن يكون مالا متقوما فلا تجوز هبة ما ليس بمال أصلا كالحر والميتة والدم وصيد الحرم والاحرام والخنزير وغير ذلك على ما ذكرنا فى البيوع ولا هبة ما ليس بمال مطلق كأم الولد والمدبر المطلق والمكاتب لكونهم أحرارا من وجه ولهذا لم يجز بيع هؤلاء ولا هبة ما ليس بمتقوم كالخمر ولهذا لم يجز بيعها (ومنها) أن يكون مملوكا فى نفسه فلا تجوز هبة المباحات لان الهبة تمليك وتمليك ما ليس بمملوك محال (ومنها) أن يكون مملوكا للواهب فلا تجوز هبة مال الغير بغير اذنه لاستحالة تمليك ما ليس بمملوك وان شئت رددت هذا الشرط الى الواهب وكل ذلك صحيح لان المالك والمملوك من الاسماء الاضافية والعلقة التى تدور عليها الاضافة هى الملك فيجوز رد هذا الشرط الى الموهوب ويجوز رده الى الواهب فى صناعة الترتيب فافهم وسواء كان المملوك عينا أو دينا فتجوز هبة الدين لمن عليه الدين قياسا واستحسانا (وأما) هبة الدين لغير من عليه الدين فجائز أيضا اذا أذن له بالقبض وقبضه استحسانا والقياس ان لا يجوز وان أذن له بالقبض (وجه) القياس ان القبض شرط جواز الهبة وما فى الذمة لا يحتمل القبض بخلاف ما اذا وهب لمن عليه لان الدين فى ذمته وذمته فى قبضه فكان الدين فى قبضه بواسطة قبض الذمة (وجه) الاستحسان ان ما فى الذمة مقدور التسليم والقبض ألا ترى ان المديون يجبر على تسليمه الا أن قبضه بقبض العين فاذا قبض العين قام قبضها مقام قبض عين ما فى الذمة الا أنه لا بد من الاذن بالقبض صريحا ولا يكتفى فيه بالقبض بحضرة الواهب بخلاف هبة العين لما نذكره فى موضعه (ومنها) أن يكون محوزا فلا تجوز هبة المشاع فيما يقسم وتجوز فيما لا يقسم كالعبد والحمام والدن ونحوها وهذا عندنا وعند الشافعى رحمه الله ليس بشرط وتجوز هبة المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم عنده واحتج بظاهر قوله عز وجل فنصف ما فرضتم الا أن يعفون أوجب سبحانه وتعالى نصف المفروض فى الطلاق قبل الدخول الا أن يوجد الحط من الزوجات عن النصف من غير فصل بين العين والدين والمشاع والمقسوم فيدل على جواز هبة المشاع فى الجملة وبما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه لما شدد فى الغلول فى الغنيمة فى بعض الغزوات فقام عليه الصلاة والسلام الى سنام بعير وأخذ منه

وبرة ثم قال أما انى لا يحل لى من غنيمتكم ولو بمثل هذه الوبرة الا الخمس والخمس مردود فيكم ردوا الخيط والمخيط فان الغلول عار وشنار على صاحبه الى يوم القيامة فجاء اعرابى بكبة من شعر فقال أخذتها لاصلح بها بردعة بعيرى يارسول الله فقال أما نصيبى فهولك وسأسلمك الباقى وهذا هبة المشاع فيما يقسم وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نزل على أبى أيوب الانصارى رضى الله عنه فنظر الى موضع المسجد فوجده بين أسعد بن زرارة وبين رجلين من قومه فاستباع أسعد نصيبهما ليهب الكل من رسول الله صلى الله عليه وسلم فأبيا ذلك فوهب أسعد نصيبه من النبى عليه الصلاة والسلام فوهبا أيضا نصيبهما من رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد قبل النبى عليه الصلاة والسلام الهبة فى نصيب أسعد وقبل فى نصيب الرجلين أيضاً ولو لم يكن جائزاً لما قبل لان أدنى حال فعل النبى عليه الصلاة والسلام الجواز ولان الشياع لا يمنع حكم هذا التصرف ولا شرطه لان حكم الهبة الملك والشياع لا يمنع الملك ألا ترى انه يجوز بيع المشاع وكذا هبة المشاع فيما لا يقسم وشرطه هو القبض والشيوع لا يمنع القبض لانه يحصل قابضاً للنصف المشاع بتخلية الكل ولهذا جازت هبة المشاع فيما لا يقسم وان كان القبض فيها شرطاً لثبوت الملك كذا هذا (ولنا) اجماع الصحابة رضى الله عنهم فانه روى ان سيدنا أبا بكر رضى الله عنه قال فى مرض موته لسيدتنا عائشة رضى الله عنها ان احب الناس الى غنى أنت وأعزهم على فقراً أنت وانى كنت نحلتك جداد عشرين وسقا من مالى بالعالية وانك لم تكونى قبضتيه ولا جذيتيه وانما هو اليوم مال الوارث اعتبر سيدنا الصديق رضى الله عنه القبض والقيمة فى الهبة لثبوت الملك لان الحيازة فى اللغة جمع الشىء المفرق فى حيز وهذا معنى القسمة لان الانصباء الشائعة قبل القسمة كانت متفرقة والقسمة تجمع كل نصيب فى حيز وروى عن سيدنا عمر رضى الله عنه قال ما بال أحدكم ينحل ولده نحلا لا يحوزها ولا يقسمها ويقول ان مت فهوله وان مات رجعت الى وايم الله لا ينحل أحدكم ولده نحلى لا يحوزها ولا يقسمها فيموت الا جعلتها ميراثا لورثته والمراد من الحيازة القبض هنا لانه ذكرها بمقابلة القسمة حتى لا يؤدى الى التكرار أخرج الهبة من أن تكون موجبة للملك بدون القبض والقسمة وروى عن سيدنا على رضى الله عنه أنه قال من وهب ثلث كذا أو ربع كذا لا يجوز ما لم يقاسم وكل ذلك بمحضر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينقل انه انكر عليهم منكر فيكون اجماعا ولان القبض شرط جواز هذا العقد والشيوع يمنع من القبض لان معنى القبض هو التمكن من التصرف فى المقبوض والتصرف فى النصف الشائع وحده لا يتصور فان سكنى نصف الدار شائعاً ولبس نصف الثوب شائعاً محال ولا تمكن من التصرف فيه بالتصرف فى الكل لان العقد لم يتناول الكل وهكذا نقول فى المشاع الذى لا يقسم ان معنى القبض هناك لم يوجد لما قلنا الا ان هناك ضرورة لانه يحتاج الى هبة بعضه ولا حكم للهبة بدون القبض والشياع مانع من القبض الممكن للتصرف ولا سبيل الى ازالة المانع بالقسمة لعدم احتمال القسمة فمست الضرورة الى الجواز واقامة صورة التخلية مقام القبض الممكن من التصرف ولا ضرورة هنا لان المحل محتمل للقسمة فيمكن ازالة المانع من القبض الممكن بالقسمة أو نقول الصحابة رضى الله عنهم شرطوا القبض المطلق والمطلق ينصرف الى الكامل وقبض المشاع قبض قاصر لوجوده من حيث الصورة دون المعنى على ما بينا الا انه اكتفى بالصورة فى المشاع الذى لا يحتمل القسمة للضرورة التى ذكرنا ولا ضرورة هنا فلزم اعتبار الكمال فى القبض ولا يوجد فى المشاع ولان الهبة عقد تبرع فلو صحت فى مشاع يحتمل القسمة لصار عقد ضمان لان الموهوب له يملك مطالبة الواهب بالقسمة فيلزمه ضمان القسمة فيؤدى الى تغيير المشروع ولهذا توقف الملك فى الهبة على القبض لما أنه لو ملكه بنفس العقد لثبتت له ولاية المطالبة بالتسليم فيؤدى الى ايجاب الضمان فى عقد التبرع وفيه تغيير المشروع كذا هذا بخلاف مشاع لا يحتمل القسمة لان هناك لا يتصور ايجاب الضمان على المتبرع لان الضمان ضمان القسمة والمحل لا يحتمل القسمة فهو الفرق (وأما) الآية فلا حجة له فيها لان المراد من المفروض الدين لا العين ألا ترى أنه قال الا أن يعفون والعفو اسقاط واسقاط الاعيان لا يعقل وكذا الغالب فى المهر أن يكون

ديناً وهبة الدين ممن عليه الدين جائز لانه اسقاط الدين عنه وانه جائز في المشاع (وأما) حديث الكبة فيحتمل ان النبي عليه الصلاة والسلام وهب نصيبه منه واستوهب البقية من أصحاب الحقوق فوهبوا وسلموا الكل جملة وفي الحديث ما يدل عليه فانه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم وسأسلمك الباقي وما كان هو عليه الصلاة والسلام ليخلف في وعده وهبة المشاع على هذا السبيل جائزة عندنا على ان ذلك كان هبة مشاع لا ينقسم من حيث المعنى لان كبة واحدة لو قسمت على الجم الغفير لا يصيب كلا منهم الا نزر حقير لا ينتفع به فكان في معنى مشاع لا ينقسم (وأما) حديث أسعد بن زرارة فحكاية حال يحتمل أنه وهب نصيبه وشريكاه وهبا نصيبهما منه وسلموا الكل جملة وهذا جائز عندنا ويحتمل ان الانصباء كانت مقسومة مفرزة ويجوز أن يقال في مثل هذا بينهم اذا كانت الجملة متصلة بعضها ببعض كقرية بين جماعة انها تضاف اليهم وان كانت أنصباؤهم مقسومة واحتمل بخلافه فلا يكون حجة مع الاحتمال لان حكاية الحال لا عموم له ولو قسم ما وهب وأفرزه ثم سلمه الى الموهوب له جاز لان هبة المشاع عندنا منعقد موقوف نفاذه على القسمة والقبض بعد القسمة هو الصحيح اذ الشيوع لا يمنع ركن العقد ولا حكمه وهو الملك ولا سائر الشرائط الا القبض الممكن من التصرف فاذا قسم وقبض فقد زال المانع من النفاذ فينفذ وحديث الصديق رضي الله عنه لا يدل عليه فانه قال لسيدتنا عائشة رضي الله عنها اني كنت نحلتك جداد عشرين وسقاً من مالي وكان ذلك هبة المشاع فيما ينقسم لان النحل من الفاظ الهبة ولو لم ينعقد لما فعله الصديق رضي الله عنه لانه ما كان ليعقد عقداً باطلا فدل قول الصديق رضي الله عنه على انعقاد العقد في نفسه وتوقف حكمه على القسمة والقبض وهو عين مذهبنا والله عز وجل أعلم وكذلك لو وهب نصف داره من رجل ولم يسلم اليه ثم وهب منه النصف الآخر وسلم اليه جملة جاز لما قلنا ولو وهب منه نصف الدار وسلم اليه بتخلية الكل ثم وهب منه النصف الآخر وسلم لم تجز الهبة لان كل واحد منهما هبة المشاع وهبة المشاع فيما يقسم لا تنفذ الا بالقسمة والتسليم ويستوي فيه الجواب في هبة المشاع بين أن يكون من أجنبي أو من شريكه كل ذلك يجوز لقول جماعة من الصحابة رضي الله عنهم لا تجوز الهبة الا مقبوضة محوزة من غير فصل ولان المانع هو الشياع عند القبض وقد وجد وعلى هذا الخلاف صدقة المشاع فيما ينقسم أنه لا يجوز عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله (وجه) قوله ان الشياع لا يمنع حكم التصرف وهو الملك ولا شرطه وهو القبض ولا يمنع جوازه كالمفروض (ولنا) ان القبض شرط جواز الصدقة ومعنى القبض لا يتحقق في الشائع أو لا يتكامل فيه لما بينا في الهبة ولان التصدق تبرع كالهبة وتصحيحه في المشاع يصيرها عقد ضمان فيتغير المشروع على ما بينا في الهبة ولو وهب شيأ ينقسم من رجلين كالدار والدراهم والدنانير ونحوها وقبضاه لم يجز عند أبي حنيفة وجاز عند أبي يوسف ومحمد وأجمعوا على أنه لو وهب رجلان من واحد شيأ ينقسم وقبضه أنه يجوز فابو حنيفة يعتبر الشيوع عند القبض وهما يعتبرانه عند العقد والقبض جميعا فلم يجوز أبو حنيفة هبة الواحد من اثنين لوجود الشياع وقت القبض وهما جوزاها لانه لم يوجد الشياع في الحالين بل وجد أحدهما دون الآخر وجوزوا هبة الاثنين من واحد (أما) أبو حنيفة رحمه الله فلعدم الشيوع في وقت القبض (وأما) هما فلانعدامه في الحالين لانه وجد عند العقد ولم يوجد عند القبض ومدار الخلاف بينهم على حرف وهو ان هبة الدار من رجلين تمليك كل الدار جملة أو تمليك من أحدهما والنصف من الآخر فعند أبي حنيفة تمليك النصف من أحدهما والنصف من الآخر فيكون هبة المشاع فيما ينقسم كانه أفرد تمليك كل نصف من كل واحد منهما بعقد على حدة وعندهما هي تمليك الكل منهما لا تمليك النصف من هذا والنصف من ذلك فلا يكون تمليك الشائع فيجوز (وجه) قولهما ان العمل بموجب الصيغة هو الاصل وذلك فيما قلنا لان قوله وهبت هذه الدار لكما هبة كل الدار جملة منهما لا هبة النصف من أحدهما والنصف من الآخر لان ذلك توزيع وتفريق واللفظ لا يدل عليه ولا يجوز العدول عن موجب اللفظ لغة الا لضرورة الصحة وفي العدول عن ظاهر الصيغة ههنا فساد العقد بسبب الشيوع فوجب العمل بظاهر الصيغة وهو تمليك الكل منهما وموجب التمليك

منهما ثبوت الملك لهما فى الكل وانما يثبت الملك لكل واحد منهما فى النصف عند الانقسام ضرورة المزاحمة واستوائهما فى الاستحقاق اذ ليس كل واحد منهما أولى من الآخر لدخول كل واحد منهما فى العقد على السواء كالاخوين فى الميراث عند الاستواء فى الدرجة ان الميراث يكون بينهما نصفين وان كان سبب الاستحقاق فى حق كل واحد منهما على الكمال حتى لو انفرد أحدهما يستحق كل المال واذا جاءت المزاحمة مع المساواة فى الاستحقاق يثبت عند انقسام الميراث فى النصف وكذا الشفيعان يثبت لكل واحد منهما أخذ نصف الدار بالشفعة لضرورة المزاحمة والاستواء فى الاستحقاق وان كان السبب فى حق كل واحد منهما صالحا لاثبات حق الشفعة فى الكل حتى لو سلم أحدهما يكون الكل للآخر وعلى هذا مسائل فلم يكن الانقسام على التناصف موجب الصيغة بل لتضايق المحل لهذا جاز الرهن من رجلين فكان ذلك رهناً من كل واحد منهما على الكمال اذ لو كان رهن النصف من هذا والنصف من ذلك لما جاز لانه يكون رهن المشاع لهذا لو قضى الراهن دين أحدهما كان للآخر حبس الكل دل ان ذلك رهن الكل من كل واحد منهما كذا هذا (وجه) قول أبى حنيفة رحمه الله ان هذا تمليك مضاف الى الشائع فلا يجوز كما اذا ملك نصف الدار من أحدهما والنصف من الآخر بعقد على حدة والدليل على ان هذا تمليك مضاف الى الشائع ان قوله وهبت هذه الدار منكما اما أن يكون تمليك كل الدار من كل واحد منهما واما أن يكون تمليك النصف من أحدهما والنصف من الآخر لا سبيل الى الاول لان الدار الواحدة يستحيل أن تكون مملوكة لكل واحد منهما على الكمال والمحال لا يكون موجب العقد فتعين الثانى وهو أن يكون تمليك النصف من أحدهما والنصف من الآخر لهذا لم يملك كل واحد منهما التصرف فى كل الدار بل فى نصفها ولو كان كل الدار مملوكا لكل واحد منهما لملك وكذا كل واحد منهما يملك مطالبة صاحبه بالتهايؤ أو بالقسمة وهذا آية ثبوت الملك له فى النصف واذا كان هذا تمليك الدار لهما على التناصف كان تمليكا مضافا الى الشائع كانه أفرد لكل واحد منهما العقد فى النصف والشيوع يؤثر فى القبض الممكن من التصرف على ما مر وقد خرج الجواب عن قولهما ان موجب الصيغة ثبوت الملك فى كل الدار لكل واحد منهما على الكمال لما ذكرنا ان هذا محال والمحال لا يكون موجب العقد ولا العاقد بعقده يقصد أمرا محالا أيضاً فكان موجب العقد التمليك منهما على التناصف لان هذا تمليك الدار منهما فكان عملا بموجب الصيغة من غير احالة فكان أولى بخلاف الرهن فان الدار الواحدة تصلح مرهونة عند كل واحد منهما لان الرهن هو الحبس واجتماعهما على الحبس متصور بأن يحبساه معاً أو يضعاه جميعاً على يدى عدل فتكون الدار محبوسة كلها عند كل واحد منهما وهذا مما لا يمكن تحقيقه فى الملك فهو الفرق وعند أبى حنيفة رحمه الله اذا وهب من رجلين فقسم ذلك وسلم الى كل واحد منهما جاز لان المانع هو الشيوع عند القبض وقد زال هذا اذا وهب من رجلين شيأ مما يقسم فان كان مما لا يقسم جاز بالاجماع لما ذكرنا فيما تقدم ثم على أصلهما اذا قال لرجلين وهبت لكما هذه الدار لهذا نصفها ولهذا نصفها جاز لان قوله لهذا نصفها ولهذا نصفها خرج تفسيرا للحكم الثابت بالعقد اذ لا يمكن جعله تفسيرا لنفس العقد لان العقد وقع تمليك الدار جملة منهما على ما بينا فجعل تفسيرا لحكمه فلا يوجب ذلك اشاعة فى العقد ولو قال وهبت لك نصفها ولهذا نصفها لم يجز لان الشيوع دخل على نفس العقد فمنع الجواز ولو قال وهبت لكما هذه الدار ثلثها لهذا وثلثاها لهذا لم يجز عند أبى يوسف وجاز عند محمد (وجه) قول محمد ان العقد متى جاز لاثنين يستوى فيه التساوى والتفاضل كعقد البيع (وجه) قول أبى يوسف ان الجواز عند التساوى بطريق التفسير للحكم الثابت بالعقد وذلك لا يوجب شيوعا فى العقد ولما فضل أحد النصيبين عن الآخر تعذر جعله تفسيراً لان مطلق العقد لا يحتمل التفاضل فكان تفضيل أحد النصيبين فى معنى افراد العقد لكل واحد منهما فكان هبة المشاع والشيوع يؤثر فى الهبة ولا يؤثر فى البيع ولو رهن من رجلين لاحدهما ثلثه وللآخر ثلثاه أو نصفه لهذا او نصفه لذلك على التفاضل والتناصف لا يجوز بالاجماع بخلاف ما اذا أبهم بان قال وهبت منكما أنه يجوز ولو وهب من فقيرين شيأ ينقسم فالهبة من فقيرين بمنزلة التصدق عليهما لان

الهبة من الفقير صدقة لانه يبتغى بها وجه الله تعالى وسنذكر حكمها ان شاء الله تعالى وعلى هذا يخرج هبة الشجر دون الثمر والثمر دون الشجر والارض دون الزرع والزرع دون الارض انها غير جائزة لان الموهوب متصل بما ليس بموهوب اتصال جزء بجزء فكان كهبة المشاع ولو فصل وسلم جاز كما فى هبة المشاع ولو تصدق بعشرة دراهم على رجلين فان كانا غنيين لم يجز عند أبى حنيفة ويجوز عندهما لان التصدق على الغنى ميتة فى الحقيقة والهبة من اثنين لاتجوز وعندهما جائزة وان كانا فقيرين فعندهما تجوز كما تجوز فى الهبة من رجلين وعن أبى حنيفة رحمه الله فيه روايتان فى كتاب الهبة لايجوز وفى الجامع الصغير يجوز (وجه) رواية كتاب الهبة ان الشياع كما يمنع جواز الهبة يمنع جواز الصدقة على ماذكرنا فيما تقدم وههنا يتحقق الشيوع فى القبض (وجه) رواية الجامع وهى الصحيحة ان معنى الشيوع فى القبض لا يتحقق فى الصدقة على فقيرين لان المتصدق يتقرب بالصدقة الى الله عز وجل ثم الفقير يقبض من الله تعالى قال الله تبارك وتعالى ألم يعلموا أن الله هو يقبل التوبة عن عباده ويأخذ الصدقات وقال عليه الصلاة والسلام الصدقة تقع فى يد الرحمن قبل أن تقع فى يد الفقير والله تعالى واحد لا شريك له فلا يتحقق معنى الشيوع كما لو تصدق على فقير واحد ثم وكل بقبضها وكيلين بخلاف التصدق على غنيين لان الصدقة على الغنى يبتغى بها وجه الغنى فكانت هدية لا صدقة قال عليه الصلاة والسلام الصدقة يبتغى بها وجه الله تعالى والدار الاخرة والهدية يبتغى بها وجه الرسول وقضاء الحاجة والهدية هبة فيتحقق معنى الشيوع فى القبض وأنه مانع من الجواز عنده (ومنها) القبض وهو أن يكون الموهوب مقبوضاً وان شئت رددت هذا الشرط الى الموهوب له لان القابض والمقبوض من الاسماء الاضافية والعلقة التى تدور عليها الاضافة من الجانبين هى القبض فيصح رده الى كل واحد منهما فى صناعة الترتيب فتأمل والكلام فى هذا الشرط فى موضعين فى بيان أصل القبض انه شرط أم لا وفى بيان شرائط صحة القبض (أما) الاول فقد اختلف فيه قال عامة العلماء شرط والموهوب قبل القبض على ملك الواهب يتصرف فيه كيف شاء وقال مالك رحمه الله ليس بشرط ويملكه الموهوب له من غير قبض (وجه) قوله ان هذا عقد تبرع بتمليك العين فيفيد الملك قبل القبض كالوصية (ولنا) اجماع الصحابة رضى الله عنهم وهو ماروينا ان سيدنا أبا بكر وسيدنا عمر رضى الله عنهما اعتبرا القسمة والقبض لجواز النحلى بحضرة الصحابة ولم ينقل أنه أنكر عليهما منكر فيكون اجماعا وروى عن سيدنا أبى بكر وسيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا على وابن عباس رضى الله تعالى عنهم انهم قالوا لاتجوز الهبة الا مقبوضة محوزة ولم يرد عن غيرهم خلافه ولانها عقد تبرع فلو صحت بدون القبض لثبت للموهوب له ولاية مطالبة الواهب بالتسليم فتصير عقد ضمان وهذا تغيير المشروع بخلاف الوصية لانه ليس فى ايجاب الملك فيها قبل القبض تغييرها عن موضعها اذلا مطالبة قبل المتبرع وهو الموصى لانه ميت وكذلك القبض شرط جواز الصدقة لا يملك قبل القبض عند عامة العلماء وقال ابن أبى ليلى وغيره من اهل الكوفة ليس بشرط وتجوز الصدقة اذا أعلمت وان لم تقبض ولا تجوز الهبة ولا النحلى الا مقبوضة واحتجوا بما روى عن سيدنا عمر وسيدنا على رضى الله عنهما قالا اذا اعلمت الصدقة جازت من غير شرط القبض (ولنا) ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال خبراً عن الله سبحانه وتعالى يا ابن آدم تقول مالى مالى وليس لك من مالك الا ما أكلت فافنيت اولبست فابليت أو تصدقت فابقيت اعتبر الله سبحانه وتعالى الامضاء فى الصدقة والامضاء هو التسليم دل أنه شرط وروى عن سيدنا أبى بكر وسيدنا عمر وابن عباس ومعاذ بن جبل رضى الله عنهم انهم قالوا لاتتم الصدقة الا بالقبض ولان التصدق عقد تبرع فلا يفيد الحكم بنفسه كالهبة وماروى عن سيدنا عمر وسيدنا على رضى الله عنهما محمول على صدقة الاب على ابنه الصغير وبه نقول لاحاجة هناك الى القبض حملناه على هذا توفيقاً بين الدلائل صيانة لها عن التناقض (والثانى) شرائط صحة القبض فانواع (منها) أن يكون القبض باذن المالك لان الاذن بالقبض شرط لصحة القبض فى باب البيع حتى لو قبض المشترى من غير اذن البائع قبل نقد الثمن كان للبائع حق الاسترداد

فلأن يكون في الهبة أولى لأن البيع يصح بدون القبض والهبة لا صحة لها بدون القبض فلما كان الاذن بالقبض شرطا لصحته فيما لا يتوقف صحته على القبض فلأن يكون شرطا فيما يتوقف صحته على القبض أولى ولأن القبض في باب الهبة يشبه الركن وان لم يكن ركنا على الحقيقة فيشبه القبول في باب البيع ولا يجوز القبول من غير اذن البائع ورضاه فلا يجوز القبض من غير اذن الواهب أيضا والاذن نوعان صريح ودلالة أما الصريح فنحو أن يقول اقبض أو أذنت لك بالقبض أو رضيت وما يجرى هذا المجرى فيجوز قبضه سواء قبضه بحضرة الواهب أو بغير حضرته استحسانا والقياس أن لا يجوز قبضه بعد الافتراق عن المجلس وهو قول زفر رحمه الله لأن القبض عنده ركن بمنزلة القبول على أحد قوليه فلا يصح بعد الافتراق عن المجلس كما لا يصح القبول عنده بعد الافتراق وان كان باذن الواهب كالقبول في باب البيع (وجه) الاستحسان ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حمل اليه ست بدنات فجعلن يزدلفن اليه فقام عليه الصلاة والسلام فنحرهن بيده الشريفة وقال من شاء فليقتطع وانصرف فقد أذن لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقبض بعد الافتراق حيث أذن لهم بالقطع فدل على جواز القبض واعتباره بعد الافتراق ولأن الاذن بقبض الواهب صريحا بمنزلة اذن البائع بقبض المبيع وذلك يعمل بعد الافتراق كذا هذا (وأما) الدلالة فهي ان يقبض الموهوب له العين في المجلس ولا ينهاه الواهب فيجوز قبضه استحسانا والقياس أن لا يجوز كما لا يجوز بعد الافتراق وهو قول زفر وقد ذكرنا القياس والاستحسان في الزيادات ولو قبض المشتري المبيع بيعا جائزا بحضرة البائع قبل نقد الثمن لم يجز قبضه قياسا واستحسانا حتى كان له أن يسترد وفي البيع الفاسد اختلاف روايتي الكرخي والطحاوي رحمهما الله ذكرناهما في البيوع (وجه) القياس ان القبض ركن في الهبة كالقبول فيها فلا يجوز من غير اذن كالقبول من باب البيع (وجه) الاستحسان ان الاذن بالقبض وجد من طريق الدلالة لأن الاقدام على ايجاب الهبة اذن بالقبض لأنه دليل قصد التمليك ولا ثبوت للملك الا بالقبض فكان الاقدام على الايجاب اذنا بالقبض دلالة والثابت دلالة كالثابت نصا بخلاف ما بعد الافتراق لأن الاقدام دلالة الاذن بالقبض في المجلس لا بعد الافتراق ولأن للقبض في باب الهبة شبها بالركن فيشبه القبول في باب البيع وايجاب البيع يكون اذنا بالقبول في المجلس لا بعد الافتراق فكذا ايجاب الهبة يكون اذنا بالقبض لا بعد الافتراق ولو وهب شيأ متصلا بغيره مما لا تقع عليه الهبة كالثمر المعلق على الشجر دون الشجر أو الشجر دون الارض أو حلية السيف دون السيف أو القفيز من الصبرة أو الصوف على ظهر الغنم وغير ذلك مما لا جواز للهبة فيه الا بالفصل والقبض ففصل وقبض فان قبض بغير اذن الواهب لم يجز القبض سواء كان الفصل والقبض بحضرة الواهب أو بغير حضرته ولأن الجواز في المنفصل عند حضرة الواهب للاذن الثابت دلالة الايجاب ولم يوجد ههنا لأن الايجاب لم يقع صحيحا حين وجوده فلا يصح الاستدلال على الاذن بالقبض وان قبض باذنه يجوز استحسانا والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر بناء على أن العقد اذا وقع فاسدا من حين وجوده لا يحتمل الجواز عنده بحال لاستحالة انقلاب الفاسد جائزا وعندنا يحتمل الجواز باسقاط المفسد مقصورا على الحال أو من حين وجود العقد بطريق البيان على اختلاف الطريقين اللذين ذكرناهما في كتاب البيع وكذلك اذا وهب دينا له على انسان لآخر انه ان قبض الموهوب له باذن الواهب صريحا جاز قبضه استحسانا والقياس أن لا يجوز وقد ذكرنا وجه القياس والاستحسان فيما تقدم وان قبضه بحضرته ولم ينهه عن ذلك لا يجوز قياسا واستحسانا فرق بين العين والدين (ووجه) الفرق ان الجواز في هبة العين عند عدم التصريح بالاذن لكون الايجاب فيها دلالة الاذن بالقبض لكون دلالة قصده تمليك ما هو ملكه من الموهوب له وايجاب الهبة في الدين لغير من عليه الدين لا تصح دلالة الاذن بقبضه لأن دلالته بواسطة دلالة قصد التمليك وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يتحقق الا بالتصريح بالاذن بالقبض لأنه اذا أذن له بالقبض صريحا قام قبضه مقام قبض الواهب فيصير بقبض العين قابضا للواهب أولا ويصير المقبوض ملكا له أولا ثم يصير قابضا لنفسه من الواهب فيصير الواهب على هذا التقدير الذي

ذكرنا واهبا ملك نفسه والموهوب له قابضا ملك الواهب فصحت الهبة والقبض واذا لم يصرح بالاذن بالقبض بقي المقبوض من المال العين على ملك من عليه فلم تصح الهبة فيه فلا يجوز قبض الموهوب له فهو الفرق بين الفصلين ومنها أن لا يكون الموهوب مشغولا بما ليس بموهوب لان معنى القبض وهو التمكن من التصرف في المقبوض لا يتحقق مع الشغل وعلى هذا يخرج ما اذا وهب دارا فيها متاع الواهب وسلم الدار اليه أو سلم الدار مع ما فيها من المتاع فانه لا يجوز لان الفراغ شرط صحة التسليم والقبض ولم يوجد قيل الحيلة في صحة التسليم ان يودع الواهب المتاع عند الموهوب له أولا ويخلي بينه وبين المتاع ثم يسلم الدار اليه فتجوز الهبة فيها لانها مشغولة بمتاع هو في يد الموهوب له وفي هذه الحيلة اشكال وهو أن يد المودع يد المودع معنى فكانت يده قائمة على المتاع فتمنع صحة التسليم ولو أخرج المتاع من الدار ثم سلم فارغا جاز وينظر الى حال القبض لا الى حال العقد لان المانع من النفاذ قد زال فينفذ كما في هبة المشاع ولو وهب ما فيها من المتاع دون الدار وخلى بينه وبين المتاع جازت الهبة لان المتاع لا يكون مشغولا بالدار والدار تكون مشغولة بالمتاع لهذا افترقا فيصح تسليم المتاع ولا يصح تسليم الدار ولو جمع في الهبة بين المتاع وبين الدار الذي فيها فوهبهما جميعا صفقة واحدة وخلى بينه وبينهما جازت الهبة فيهما جميعا لان التسليم قد صح فيهما جميعا فان فرق بينهما في الهبة بأن وهب أحدهما ثم وهب الآخر فهذا لا يخلو اما ان جمع بينهما في التسليم واما ان فرق فان جمع جازت الهبة فيهما جميعا وان فرق بأن وهب أحدهما وسلم ثم وهب الآخر وسلم نظر في ذلك وروعي فيه الترتيب ان قدم هبة الدار فالهبة في الدار لم تجز لانها مشغولة بالمتاع فلم يصح تسليم الدار وجازت في المتاع لانه غير مشغول بالدار فيصح تسليمه ولو قدم هبة المتاع جازت الهبة فيهما جميعا أما في المتاع فلانه غير مشغول بالدار فيصح تسليمه واما في الدار فلانها وقت التسليم كانت مشغولة بمتاع هو ملك الموهوب فلا يمنع صحة القبض وعلى هذا الاصل أيضا يخرج ما اذا وهب جارية واستثنى ما في بطنها أو حيوانا واستثنى ما في بطنه أنه لا يجوز لانه لو جاز لكان ذلك هبة ما هو مشغول بغيره وانها غير جائزة لانه لا جواز لها بدون القبض وكون الموهوب مشغولا بغيره يمنع صحة القبض ولو أعتق ما في بطن جاريته ثم وهب الام يجوز وذكر في العتاق أنه لو دبر ما في بطن جاريته لا يجوز منهم من قال في المسألة روايتان (وجه) رواية عدم الجواز ان الموهوب مشغول بما ليس بموهوب فأشبه هبة دار فيها متاع الواهب (وجه) رواية الجواز وهي رواية الكرخي ان حرية الجنين تجعله مستثنى من العقد لان حكم العقد لم يثبت فيه مع تناوله اياه ظاهرا وهذا معنى الاستثناء ولو استثناه لفظا جازت الهبة في الام فكذا اذا كان مستثنى في المعنى ومنهم من قال في المسألة رواية واحدة وفرق بين الاعتاق والتدبير (ووجه) الفرق ان المدبر مال المولى فاذا وهب الام فقد وهب ما هو مشغول بمال الواهب فلم يجز كهبة دار فيها متاع الواهب وأما الحر فليس بمال فصار كما لو وهب دارا فيها حر جالس وذا لا يمنع جواز الهبة كذا هذا ومنها أن لا يكون الموهوب متصلا بما ليس بموهوب اتصال الاجزاء لان قبض الموهوب وحده لا يتصور وغيره ليس بموهوب فكان هذا في معنى المشاع وعلى هذا يخرج ما اذا وهب أرضا فيها زرع دون الزرع أو شجرا عليها ثمر دون الثمر أو وهب الزرع دون الارض أو الثمر دون الشجر وخلى بينه وبين الموهوب له أنه لا يجوز لان الموهوب متصل بما ليس بموهوب اتصال جزء بجزء فمنع صحة القبض ولو جذ الثمر وحصد الزرع ثم سلمه فارغا جاز لان المانع من النفاذ وهو ثبوت الملك قد زال ولو جمع بينهما في الهبة فوهبهما جميعا وسلم متفرقا جاز ولو فرق بينهما في الهبة فوهب كل واحد منهما بعقد على حدة بأن وهب الارض ثم الزرع أو الزرع ثم الارض فان جمع بينهما في التسليم جازت الهبة فيهما جميعا وان فرق لا تجوز الهبة فيهما جميعا قدم أو آخر سواء بخلاف الفصل الاول لان المانع من صحة القبض هنا الاتصال وانه لا يختلف والمانع هناك الشغل وانه يختلف نظير هذا ما اذا وهب نصف الدار مشاعا من رجل ولم يسلم اليه حتى وهب النصف الباقي منه وسلم الكل انه يجوز ولو وهب النصف وسلم ثم وهب الباقي وسلم لا يجوز كذا هذا وعلى هذا يخرج ما اذا وهب صوفا على ظهر غنم انه لا يجوز لان الموهوب متصل بما ليس بموهوب وهذا يمنع صحة

القبض ولوجزه وسلمه جازلزوال المانع والله عز وجل أعلم وعلى هذا اذا وهب دابة وعليها حمل بدون الحمل لا تجوز ولو رفع الحمل عنها وسلمها فارغا جاز لما قلنا بخلاف هبة ما فى بطن جاريته أو ما فى بطن غنمه أو ما فى ضرعها أو هبة سمن فى لبن أو دهن فى سمسم أو زيت فى زيتون أو دقيق فى حنطة أنه يبطل وان سلطه على قبضه عند الولاة أو عند استخراج ذلك لان الموهوب هناك ليس محل العقد لكونه معدوما ولهذا لم يجز بيعها فلا تجوز هبتها وهنا بخلافه على ما تقدم ومنها أهلية القبض وهى العقل فلا يجوز قبض المجنون والصبي الذى لا يعقل وأما البلوغ فليس بشرط لصحة القبض استحسانا فيجوز قبض الصبي العاقل ما وهب له والقياس أن يكون شرطاً ولا يجوز قبض الصبي وان كان عاقلا (وجه) القياس ان القبض من باب الولاية ولا ولاية له على نفسه فلا يجوز قبضه فى الهبة كما لا يجوز فى البيع (وجه) الاستحسان ان قبض الهبة من التصرفات النافعة المحضة فيملكه الصبي العاقل كما يملك وليه ومن هو فى عياله وكذا الصبية اذا عقلت جاز قبضها لما قلنا وكذلك الحرية ليست بشرط فيجوز قبض العبد المحجور عليه اذا وهب له هبة ولا يجوز قبض المولى عنه سواء كان على العبد دين أو لا فالقبض الى العبد والملك للمولى فى المقبوض لان القبض من حقوق العقد والعقد وقع للعبد فكان القبض اليه ولان الاصل فى بنى آدم الحرية والرق لعارض فكان الاصل فيهم اطلاق التصرف لهم والانحجار لعارض الرق عن التصرف يتضمن الضرر بالمولى ولم يوجد فبقى فيه على أصل الحرية والمقبوض كسب العبد وكسب العبد القن للمولى وكذلك المكاتب اذا وهب له هبة فالقبض اليه ولا يجوز قبض المولى عنه لما قلنا فى القن فاذا قبض المكاتب فهو أحق به فلا يملكه المولى لان الهبة كسبه والمكاتب أحق باكتسابه ومنها الولاية فى أحد نوعى القبض وجملة الكلام فيه أن القبض نوعان قبض بطريق الاصالة وقبض بطريق النيابة (أما) القبض بطريق الاصالة فهو ان يقبض بنفسه لنفسه وشرط جوازه العقل فقط على ما بينا (وأما) القبض بطريق النيابة فالنيابة فى القبض نوعان نوع يرجع الى القابض ونوع يرجع الى نفس القبض أما الاول الذى يرجع الى القابض فهو القبض للصبي وشرط جوازه الولاية بالحجر والعيلة عند عدم الولاية فيقبض للصبي وليه أو من كان الصبي فى حجره وعياله عند عدم الولى فيقبض له أبوه ثم وصى أبيه بعده ثم جده أبو أبيه بعد أبيه ووصيه ثم وصى جده بعده سواء كان الصبي فى عيال هؤلاء أو لم يكن. فيجوز قبضهم على هذا الترتيب حال حضرتهم لان لهؤلاء ولاية عليهم فيجوز قبضهم له واذا غاب أحدهم غيبة منقطعة جاز قبض الذى يتلوه فى الولاية لان التأخير الى قدوم الغائب تفويت المنفعة على الصغير فتنتقل الولاية الى من يتلوه وان كان دونه كما فى ولاية الانكاح ولا يجوز قبض غير هؤلاء الاربعة مع وجود واحد منهم سواء كان الصبي فى عيال القابض أو لم يكن وسواء كان ذا رحم محرم منه كالاخ والعم والام ونحوهم أو أجنبيا لانه ليس لغير هؤلاء ولاية التصرف فى مال الصبي فقيام ولاية التصرف لهم تمنع ثبوت حق القبض لغيرهم فان لم يكن أحد من هؤلاء الاربعة جاز قبض من كان الصبي فى حجره وعياله استحسانا والقياس ان لا يجوز لعدم الولاية ولا يجوز قبض من لم يكن فى عياله أجنبياً كان أو ذا رحم محرم منه قياساً واستحسانا وانما كان كذلك لان الذى فى عياله له عليه ضرب ولاية ألا ترى انه يؤدبه ويسلمه فى الصنائع التى للصبي فيها منفعة وللصبي فى قبض الهبة منفعة محضة فقيام هذا القدر من الولاية يكفى لتصرف فيه منفعة محضة للصبي (وأما) من ليس فى عياله فلا ولاية له عليه أصلا فلا يجوز قبضه له كالاجنبي والقبض للصبية اذا عقلت ولها زوج قد دخل بها زوجها أيضاً استحسانا لانها فى عياله لكن هذا اذا لم يكن أحد من هؤلاء فأما عند وجود واحد منهم فلا يجوز قبض الزوج كذا ذكره الحاكم الجليل فى مختصره (وأما) الثانى الذى يرجع الى نفس القبض فهو ان القبض الموجود فى الهبة ينوب عن قبض الهبة سواء كان الموجود وقت العقد مثل قبض الهبة أو أقوى منه لانه اذا كان مثله أمكن تحقيق التناوب إذ المثلان غيران ينوب كل واحد منهما مقام صاحبه ويسد مسده فتثبت المناوبة بمقتضى المماثلة واذا كان أقوى منه يوجد فيه المستحق وزيادة وبيان هذا فى مسائل اذا كان الموهوب فى يد الموهوب له وديعة أو عارية

فوهب

فوهب منه جازت الهبة وصار قابضاً بنفس العقد ووقع العقد والقبض معاً ولا يحتاج الى تجديد القبض بعد العقد استحساناً والقياس أن لا يصير قابضاً ما لم يجدد القبض وهو ان يخلي بين نفسه و بين الموهوب بعد العقد (وجه) القياس ان يد المودع ان كانت يده صورة فهي يد المودع معنى فكان المال في يده فصار كانه وهب له ما في يده فلا بد من القبض بالتخلية (وجه) الاستحسان ان القبضين تماثلا لان كل واحد منهما قبض غير مضمون إذ الهبة عقد تبرع وكذا عقد الوديعة والعارية فتماثل القبضان فيتناوبان ضرورة بخلاف بيع الوديعة والعارية من المودع والمستعير لان قبضهما لا ينوب عن قبض البيع لانه قبض أمانة وقبض البيع قبض ضمان فلم يتماثل القبضان بل الموجود أدنى من المستحق فلم يتناوبا ولو كان الموهوب في يده مغصوباً أو مقبوضاً ببيع فاسد أو مقبوضاً على سوم الشراء فكذا ينوب ذلك عن قبض الهبة لوجود المستحق بالعقد وهو أصل القبض و زيادة ضمان ولو كان الموهوب مرهوناً في يده ذكر في الجامع انه يصير قابضاً و ينوب قبض الرهن عن قبض الهبة لان قبض الهبة قبض أمانة وقبض الرهن في حق العين قبض أمانة أيضاً فتماثلا فناب أحدهما عن الآخر ولئن كان قبض الرهن قبض ضمان فقبض الضمان أقوى من قبض الامانة والاقوى ينوب عن الادنى لوجود الادنى فيه وزيادة واذا صحت الهبة بالقبض بطل الرهن و يرجع المرتهن بدينه على الراهن وذكر الكرخي انه لا يصير قابضاً حتى يجدد القبض بعد عقد الهبة لان قبض الرهن وان كان قبض ضمان لكن هذا ضمان لا تصح البراءة منه فلا يحتمل الابراء بالهبة ليصير قبض أمانة فيتجانس القبضان فيبقى قبض ضمان فاختلف القبضان فلا يتناوبان بخلاف المغصوب والمقبوض على سوم الشراء لان ذلك الضمان مما تصح البراءة عنه فيبرأ عنه بالهبة و يبقى قبض بغير ضمان فتماثل القبضان فيتناوبان ولو كان مبيعاً قبل القبض فوهب من البائع جاز ولكن لا يكون هبة بل يكون اقالة حتى لا تصح بدون قبول البائع ولو باعه من البائع قبل القبض لا يجعل اقالة بل يبطل أصلاً و رأساً والفرق بينهما ما ذكرنا في كتاب البيوع ولو نحل ابنه الصغير شيأ جاز و يصير قابضاً له مع العقد كما اذا باع ماله منه حتى لو هلك عقيب البيع يهلك من مال الابن لصيرورته قابضاً للصغير مع العقد و ينبغي للرجل أن يعدل بين أولاده في النحلى لقوله سبحانه وتعالى ان الله يأمر بالعدل والاحسان (واما) كيفية العدل بينهم فقد قال أبو يوسف العدل في ذلك أن يسوي بينهم في العطية ولا يفضل الذكر على الانثى وقال محمد العدل بينهم أن يعطيهم على سبيل الترتيب في المواريث للذكر مثل حظ الانثيين كذا ذكر القاضي الاختلاف بينهما في شرح مختصر الطحاوي وذكر محمد في الموطأ ينبغي للرجل أن يسوي بين ولده في النحلى ولا يفضل بعضهم على بعض وظاهر هذا يقتضي أن يكون قوله مع قول أبي يوسف وهو الصحيح لما روي أن بشيراً أبا النعمان أتى بالنعمان الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اني نحلت ابني هذا غلاماً كان لي فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم كل ولدك نحلته مثل هذا فقال لا فقال النبي عليه الصلاة والسلام فارجعه وهذا اشارة الى العدل بين الاولاد في النحلة وهو التسوية بينهم ولان في التسوية تأليف القلوب والتفضيل يورث الوحشة بينهم فكانت التسوية أولى ولو نحل بعضاً وحرم بعضاً جاز من طريق الحكم لانه تصرف في خالص ملكه لا حق لاحد فيه الا انه لا يكون عدلاً سواء كان المحروم فقيهاً تقياً أو جاهلاً فاسقاً على قول المتقدمين من مشايخنا وأما على قول المتأخرين منهم لا بأس ان يعطي المتأدبين والمتفقهين دون الفسقة الفجرة

﴿ فصل ﴾ وأما حكم الهبة فالكلام فيه في ثلاث مواضع في بيان أصل الحكم وفي بيان صفته وفي بيان ما يرفع الحكم أما أصل الحكم فهو ثبوت الملك للموهوب له في الموهوب من غير عوض لان الهبة تمليك العين من غير عوض فكان حكمها ملك الموهوب من غير عوض وأما صفته فقد اختلف فيها قال أصحابنا هي ثبوت ملك غير لازم في الاصل وللواهب ان يرجع في هبته وانما يثبت اللزوم و يمتنع الرجوع باسباب عارضة وقال الشافعي رحمه الله الثابت بالهبة ملك لازم في الاصل ولا يثبت الرجوع الا في هبة الولد خاصة وهي هبة الوالد لولده فنقول يقع

الكلام في هذا الفصل في مواضع في بيان ثبوت حق الرجوع في الهبة وفي بيان شرائط صحة الرجوع بعد ثبوت الحق وفي بيان العوارض المانعة من الرجوع وفي بيان ماهية الرجوع وحكمه شرعا أما ثبوت حق الرجوع فحق الرجوع في الهبة ثابت عندنا خلافا للشافعي رحمه الله احتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يحل لواهب ان يرجع في هبته الا فيما يهب الوالد لولده وهذا نص في مسئلة هبة الاجنبي والوالد وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال العائد في هبته كالعائد في قيئه والعود في القيء حرام كذا في الهبة ولان الاصل في العقود هو اللزوم والامتناع بعارض خلل في المقصود ولم يوجد لان المقصود من الهبة اكتساب الصيت باظهار الجود والسخاء لا طلب العوض فمن طلب منهما العوض فقد طلب من العقد ما لم يوضع له فلا يعتبر طلبه أصلا (ولنا) الكتاب والسنة واجماع الصحابة رضي الله عنهم أما الكتاب العزيز فقوله تعالى واذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها والتحية وان كانت تستعمل في معان من السلام والثناء والهدية بالمال (قال القائل) * تحيتهم بيض الولاء بدينهم * لكن الثالث تفسير مراد بقرينة من نفس الآية الكريمة وهي قوله تعالى أو ردوها لان الرد انما يتحقق في الاعيان لا في الاعراض لانه عبارة عن اعادة الشيء وذا لا يتصور في الاعراض والمشترك يتعين أحد وجوهه بالدليل وأما السنة فما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها أي يعوض جعل عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته ما لم يصل اليه العوض وهذا نص في الباب وأما إجماع الصحابة فانه روى عن سيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علي وعبد الله بن سيدنا عمر وأبي الدرداء وفضالة بن عبيد وغيرهم رضي الله عنهم انهم قالوا مثل مذهبنا ولم يرد عن غيرهم خلافه فيكون إجماعا ولان العوض المالي قد يكون مقصوداً من هبة الاجانب فان الانسان قد يهب من الاجنبي احسانا اليه وانعاما عليه وقد يهب له طمعاً في المكافأة والمجازاة عرفا وعادة فالموهوب له مندوب الى ذلك شرعا قال الله تبارك وتعالى هل جزاء الاحسان الا الاحسان وقال عليه الصلاة والسلام من اصطنع اليكم معروفا فكافؤه فان لم تجدوا ما تكافؤنه فادعوا له حتى يعلم انكم قد كافأتموه وقال عليه الصلاة والسلام تهادوا تحابوا والتهادي تفاعل من الهدية فيقتضي الفعل من اثنين وقد لا يحصل هذا المقصود من الاجنبي وفوات المقصود من عقد محتمل للفسخ يمنع لزومه كالبيع لانه يعدم الرضا والرضا في هذا الباب كما هو شرط الصحة فهو شرط اللزوم كما في البيع اذا وجد المشتري بالمبيع عيباً لم يلزمه العقد لعدم الرضا عند عدم حصول المقصود وهو السلامة كذا هذا وأما الحديث الاول فله تأويلان احدهما انه محمول على الرجوع بغير قضاء ولا رضاء وذلك لا يجوز عندنا الا فيما وهب الوالد لولده فانه يحل له أخذه من غير رضا الولد ولا قضاء القاضي اذا احتاج اليه للانفاق على نفسه الثاني انه محمول على نفي الحل من حيث المروءة والخلق لا من حيث الحكم لان نفي الحل يحتمل ذلك قال الله تعالى عز وجل في رسولنا عليه الصلاة والسلام لا يحل لك النساء من بعد ولا أن تبدل بهن من أزواج قيل في بعض التأويلات لا يحل لك من حيث المروءة والخلق ان تتزوج عليهن بعدما اخترن اياك والدار الآخرة على الدنيا وما فيها من الزينة لا من حيث الحكم اذ كان يحل له التزوج بغيرهن وهذا تأويل الحديث والآخر أن المراد منه التشبيه من حيث ظاهر القبح مروءة وطبيعة لا شريعة الا ترى انه قال عليه الصلاة والسلام في رواية أخرى العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه وفعل الكلب لا يوصف بالحرمة الشرعية لكنه يوصف بالقبح الطبيعي كذا هذا وقوله فيما يهبه الوالد لولده محمول على أخذ مال ابنه عند الحاجة اليه لكنه سماه رجوعا لتصوره بصورة الرجوع مجازاً وان لم يكن رجوعا حقيقة على ما نذكره في تلك المسئلة ان شاء الله تعالى وأما شرائط الرجوع بعد ثبوت الحق حتى لا يصح بدون القضاء والرضا لان الرجوع فسخ العقد بعد تمامه وفسخ العقد بعد تمامه يصح بدون القضاء والرضا كالرد بالعيب في البيع بعد القبض وأما العوارض المانعة من الرجوع فانواع منها هلاك الموهوب لانه لا سبيل الى الرجوع في الهالك ولا سبيل الى الرجوع في قيمته لانها ليست

بموهوبة لانعدام ورود العقد عليها ومنها خروج الموهوب من ملك الواهب بأى سبب كان من البيع والهبة والموت ونحوها لان الملك يختلف بهذه الاشياء أما بالبيع والهبة ونحوهما فظاهر وكذا بالموت لان الثابت للوارث غير ما كان ثابتاً للمورث حقيقة لان الملك عرض يتجدد فى كل زمان الا انه مع تجدده حقيقة جعل متجددا تقديراً فى حق المحل حتى يرد الوارث بالعيب ويرد عليه فيجب العمل بالحقيقة فى حق المالك فاختلف الملكان واختلاف الملكين بمنزلة اختلاف العينين ثم لو وهب عيناً لم يكن له ان يرجع فى عين أخرى فكذا اذا أوجبه ملكا لم يكن له ان يفسخ ملكا آخر بخلاف ما اذا وهب لعبد رجل هبة فقبضها العبد ان للواهب ان يرجع فيها لان الملك هناك لم يختلف لان الهبة انعقدت موجبة للملك للمولى ابتداء فلم يختلف الملك وكذا المكاتب اذا وهب له هبة وقبضها فللواهب ان يرجع لما قلنا وكذلك ان أعتق المكاتب لان الملك الذى أوجبه بالهبة قد استقر بالعتق فكانه وهب له بعد العتق فان عجز المكاتب ورد فى الرق فللواهب ان يرجع عند أبى يوسف وعند محمد ليس له ان يرجع وهذا بناء على ان المكاتب اذا عجز عن أداء بدل الكتابة فالمولى يملك اكسابه بحكم الملك الاول أو يملكها ملكا مبتدأ فعند أبو يوسف يملكها بحكم الملك الاول فلم يختلف الملك فكان له ان يرجع وعند محمد يملكها ملكا مبتدأ فاختلف الملك فمنع الرجوع (وجه) قول محمد ان ملك الكسب للمولى قد بطل بالكتابة لان المكاتب صار أحق باكسابه بالكتابة فبطل ملك المولى بالكسب والباطل لا يحتمل العود فكان هذا ملكا مبتدأ فيمنع الرجوع كملك الوارث (وجه) قول أبى يوسف ان سبب ثبوت ملك الكسب هو ملك الرقبة وملك الرقبة قائم بعد الكتابة الا انه امتنع ظهور ملك الكسب للمولى لضرورة التوصل الى المقصود من الكتابة فى جانب المكاتب وهو شرف الحرية بأداء بدل الكتابة فاذا عجز زالت الضرورة وظهر ملك الكسب تبعاً لملك الرقبة فلم يكن هذا ملكا مبتدأ ومنها موت الواهب لان الوارث لم يوجب الملك للموهوب له فكيف يرجع فى ملك لم يوجبه ومنها الزيادة فى الموهوب زيادة متصلة فنقول جملة الكلام فى زيادة الهبة انها لا تخلو إما ان كانت متصلة بالاصل وإما ان كانت منفصلة عنه فان كانت متصلة بالاصل فانها تمنع الرجوع سواء كانت الزيادة بفعل الموهوب له أولا بفعله وسواء كانت متولدة أو غير متولدة نحو ما اذا كان الموهوب جارية هزيلة فسمنت أو دارا فبنى فيها أو أرضاً فغرس فيها غرساً أو نصب دولابا أو غير ذلك مما يستقى به وهو مثبت فى الارض مبنى عليها على وجه يدخل فى بيع الارض من غير تسمية قليلا كان أو كثيراً أو كان الموهوب ثوبا فصبغه بعصفر أو زعفران أو قطعة قميصاً وخاطه أو جبة وحشاه أو قباء لانه لا سبيل الى الرجوع فى الاصل مع الزيادة لان الزيادة ليست بموهوبة اذ لم يرد عليها العقد فلا يجوز ان يرد عليها الفسخ ولا سبيل الى الرجوع فى الاصل بدون الزيادة لانه غير ممكن فامتنع الرجوع أصلا وان صبغ الثوب بصبغ لا يزيد فيه أو ينقصه فله ان يرجع لان المانع من الرجوع هو الزيادة فاذا لم يزده الصبغ فى القيمة التحقت الزيادة بالعدم وان كانت الزيادة منفصلة فانها لا تمنع الرجوع سواء كانت متولدة من الاصل كالولد واللبن والثمر أو غير متولدة كالارش والعقر والكسب والغلة لان هذه الزوائد لم يرد عليها العقد فلا يرد عليها الفسخ وانما ورد على الاصل ويمكن فسخ العقد فى الاصل دون الزيادة بخلاف المتصلة وبخلاف ولد المبيع انه يمنع الرد بالعيب لان المانع هناك هو الربا لانه يبقى الولد بعد رد الام بكل الثمن مبيعاً مقصوداً لا يقابله عوض وهذا تفسير الربا ومعنى الربا لا يتصور فى الهبة لان جريان الربا يختص بالمعاوضات فجاز ان يبقى الولد موهوبا مقصوداً بلا عوض بخلاف المبيع وكذا الزيادة فى سعر لا تمنع الرجوع لانه لا تعلق لها بالموهوب وانما هى رغبة يحدثها الله تعالى فى القلوب فلا تمنع الرجوع ولهذا لم تعتبر هذه الزيادة فى أصول الشرع فلا تغير ضمان الرهن ولا الغصب ولا تمنع الرد بالعيب وأما نقصان الموهوب فلا يمنع الرجوع لان ذلك رجوع فى بعض الموهوب وله ان يرجع فى بعض الموهوب مع بقائه بكماله فكذا اذا نقص ولا يضمن الموهوب له النقصان لان قبض الهبة ليس بقبض مضمون ومنها العوض لما روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الواهب أحق بهبته

مالم يثب منها أى مالم يعوض ولان التعويض دليل على ان مقصود الواهب هو الوصول الى العوض فاذا وصل فقد حصل مقصوده فيمنع الرجوع وسواء قل العوض أو كثر لما روينا من الحديث من غير فصل فنقول العوض نوعان متأخر عن العقد ومشروط فى العقد أما العوض المتأخر عن العقد فالكلام فيه يقع فى موضعين أحدهما فى بيان شرط جواز هذا التعويض وصيرورة الثانى عوضاً والثانى فى بيان ماهية هذا التعويض أما الاول فله شرائط ثلاثة الاول مقابلة العوض بالهبة وهو ان يكون التعويض بلفظ يدل على المقابلة نحو ان يقول هذا عوض من هبتك أو بدل عن هبتك أو مكان هبتك أو نحلتك هذا عن هبتك أو تصدقت بهذا بدلا عن هبتك أو كافأتك أو جازيتك أو أثبتك وما يجرى هذا المجرى لان العوض اسم لما يقابل المعوض فلابد من لفظ يدل على المقابلة حتى لو وهب لانسان شيأ وقبضه الموهوب له ثم ان الموهوب له أيضاً وهب شيأ للواهب ولم يقل هذا عوض من هبتك ونحو ذلك مما ذكرنا لم يكن عوضاً بل كان هبة مبتدأة ولكل واحد منهما حق الرجوع لانه لم يجعل الباقى مقابلا بالاول لانعدام مايدل على المقابلة فكانت هبة مبتدأة فيثبت فيها الرجوع والثانى أن لا يكون العوض فى العقد مملوكا بذلك العقد حتى لو عوض الموهوب له الواهب بالموهوب لا يصح ولا يكون عوضاً وان عوضه ببعض الموهوب عن باقيه فان كان الموهوب على حاله التى وقع عليها العقد لم يكن عوضاً لان التعويض ببعض الموهوب لا يكون مقصود الواهب عادة اذ لو كان ذلك مقصوده لامسكه ولم يهبه فلم يحصل مقصوده بتعويض بعض ما دخل تحت العقد فلا يبطل حق الرجوع وان كان الموهوب قد تغير عن حاله تغيراً يمنع الرجوع فان بعض الموهوب يكون عوضاً عن الباقى لانه بالتغير صار بمنزلة عين أخرى فصلح عوضاً هذا اذا وهب شيأ واحداً أو شيئين فى عقد واحد فاما اذا وهب شيئين فى عقدين فعوض أحدهما عن الآخر فقد اختلف فيه قال أبو حنيفة عليه الرحمة يكون عوضا وقال أبو يوسف لا يكون عوضاً (وجه) قول أبى يوسف ان حق الرجوع ثابت فى غير ما عوض لانه موهوب وحق الرجوع فى الهبة ثابت شرعا فاذا عوض يقع عن الحق المستحق شرعا فلا يقع موقع العوض بخلاف ما اذا تغير الموهوب فجعل بعضه عوضاً عن الباقى انه يجوز وكان مكانا عوضاً لان حق الرجوع قد بطل بالتغير فجاز أن يقع موقع العوض (وجه) قولهما انهما ملكا بعقدين متباينين فجاز أن يجعل أحدهما عوضاً عن الآخر وهذا لانه يجوز أن يكون مقصود الواهب من هبته الثانية عود الهبة الاولى لان الانسان قد يهب شيأ ثم يبدو له الرجوع فصار الموهوب باحد العقدين بمنزلة عين أخرى بخلاف ما اذا عوض بعض الموهوب عن الباقى وهو على حاله التى وقع عليها العقد لان بعض الموهوب لا يكون مقصود الواهب فان الانسان لا يهب شيأ ليسلم له بعضه عوضا عن باقيه وقوله حق الرجوع ثابت شرعا نعم لكن الرجوع فى الهبة ليس بواجب فلا يمتنع وقوعه عن جهة أخرى كما لو باعه منه ولو وهب له شيأ وتصدق عليه بشئ فعوضه الصدقة من الهبة كانت عوضاً بالاجماع على اختلاف الاصلين (اما) على أصل أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله فلا يشكل لانهما لو ملكا بعقدين متفقين لجاز أن يكون أحدهما عوضاً عن الآخر فعند اختلاف العقدين أولى (واما) على أصل أبى يوسف رحمه الله فلان الصدقة لا يثبت فيها حق الرجوع فوقعت موقع العوض والثالث سلامة العوض للواهب فان لم يسلم بان استحق من يده لم يكن عوضاً وله أن يرجع فى الهبة لان بالاستحقاق تبين ان التعويض لم يصح فكانه لم يعوض أصلا فله أن يرجع ان كان الموهوب قائما بعينه لم يهلك ولم يزدد خيراً أو لم يحدث فيه ما يمنع الرجوع فان كان قد هلك أو استهلكه الموهوب له لم يضمنه كما لو هلك أو استهلكه قبل التعويض وكذا اذا ازداد خيراً لم يضمن كما قبل التعويض وان استحق بعض العوض وبقى البعض فالباقى عوض عن كل الموهوب وان شاء رد ما بقى من العوض ويرجع فى كل الموهوب ان كان قائما فى يده ولم يحدث فيه ما يمنع الرجوع وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر يرجع فى الهبة بقدر المستحق من العوض (وجه) قوله ان معنى المعاوضة ثبت من الجانبين جميعاً فكما ان الثانى عوض عن الاول فالاول يصير عوضاً عن الثانى ثم لو استحق بعض الهبة الاولى كان للموهوب له أن

يرجع

يرجع فى بعض العوض فكذا اذا استحق بعض العوض كان للواهب أن يرجع فى بعض الهبة تحقيقاً للمعاوضة (ولنا) ان الباقى يصلح عوضاً عن كل الهبة ألا ترى انه لو لم يعوضه الا به فى الابتداء كان عوضاً مانعاً عن الرجوع فكذا فى الانتهاء بل أولى لان البقاء أسهل الا ان للواهب أن يرده و يرجع فى الهبة لان الموهوب له غره حيث عوضه لاسقاط الرجوع بشئ لم يسلم له فيثبت له الخيار (وأما) سلامة المعوض وهو الموهوب للموهوب له فشرطه لزوم التعويض حتى لو استحق الموهوب كان له أن يرجع فيما عوض لانه انما عوض ليسقط حق الرجوع فى الهبة فاذا استحق الموهوب تبين ان حق الرجوع لم يكن ثابتاً فصار كمن صالح عن دين ثم تبين انه لا دين عليه وكذلك لو استحق نصف الموهوب فللموهوب له أن يرجع فى نصف العوض ان كان الموهوب مما يحتمل القسمة لانه انما جعل عوضاً عن حق الرجوع فى جميع الهبة فاذا لم يسلم له بعضه يرجع فى العوض بقدره سواء زاد العوض أو نقص فى السعر أو زاد فى البدن أو نقص فى البدن كان له أن يأخذ نصفه و نصف النقصان كذا روى عن محمد فى الاملاء وانما لم تمنع الزيادة عن الرجوع فى العوض لانه تبين له انه قبضه بغير حق فصار كالمقبوض بعقد فاسد فيثبت الفسخ فى الزوائد وان قال الموهوب له اردما بقى من الهبة وأرجع فى العوض كله لم يكن له ذلك لان العوض لم يكن مشروطاً فى العقد بل هو متأخر عنه والعوض المتأخر ليس بعوض عن العين حقيقة بل هو لاسقاط الرجوع وقد حصل له سقوط الرجوع فيما بقى من الهبة فلم يكن له أن يرجع فى العوض فان كان العوض مستهلكاً ضمن قابض العوض بقدر ما وجب الرجوع للموهوب له فيه من العوض وان استحق كل الهبة والعوض مستهلك يضمن كل قيمة العوض كذا ذكر فى الاصل من غير خلاف وهو احدى روايتى بشر عن أبى يوسف عن أبى حنيفة رحمهم الله و روى بشر رواية أخرى عن أبى يوسف عن أبى حنيفة انه لا يضمن شيأ وهو قول أبى يوسف (وجه) رواية الاصل ان القبض فى العوض ما وقع مجانا وانما وقع مبطلا حق الرجوع فى الاول فان لم يسلم المقصود منه بقى القبض مضمونا فكما يرجع بعينه لو كان قائما يرجع بقيمته اذا هلك (وجه) الرواية الاخرى ان العوض المتأخر عن العقد فى حكم الهبة المبتدأة حتى يشترط فيه شرائط الهبة من القبض والحيازة والموهوب غير مضمون بالهلاك هذا اذا كان الموهوب أو العوض شيأ لا يحتمل القسمة فاستحق بعضه (فاما) اذا كان مما يحتمل القسمة فاستحق بعض أحدهما بطل العوض ان كان هو المستحق وكذا تبطل الهبة ان كانت هى المستحقة فاذا بطل العوض رجع فى الهبة واذا بطلت الهبة يرجع فى العوض لان بالاستحقاق تبين ان الهبة أو التعويض وقع فى مشاع يحتمل القسمة وذلك باطل الثانى بيان ماهيته فالتعويض المتأخر عن الهبة هبة مبتدأة بلا خلاف من أصحابنا يصح بما تصح به الهبة و يبطل بما تبطل به الهبة لا يخالفها الا فى اسقاط الرجوع على معنى انه يثبت حق الرجوع فى الاولى ولا يثبت فى الثانية (فاما) فيما وراء ذلك فهو فى حكم هبة مبتدأة لانه تبرع بتمليك العين للحال وهذا معنى الهبة الا انه تبرع به ليسقط حق الرجوع عن نفسه فى الهبة الاولى فكانت هبة مبتدأة مسقطة لحق الرجوع فى الهبة الاولى ولو وجد الموهوب له بالموهوب عيبا فاحشا لم يكن له أن يرده و يرجع فى العوض وكذلك الواهب اذا وجد بالعوض عيبا لم يكن له أن يرد العوض و يرجع فى الهبة لان الرد بالعيب من خواص المعاوضات والعوض اذا لم يكن مشروطاً فى العقد لم يكن عوضا على الحقيقة بل كان هبة مبتدأة ولا يظهر معنى العوض فيه الا فى اسقاط الرجوع خاصة فاذا قبض الواهب العوض فليس لكل واحد منهما أن يرجع على صاحبه فيما ملكه (اما) الواهب فلانه قد سلم له العوض عن الهبة وانه يمنع الرجوع (وأما) الموهوب له فلانه قد سلم له ما هو فى معنى العوض فى حقه وهو سقوط حق الرجوع فيمنعه من الرجوع لقوله عليه الصلاة والسلام الواهب احق بهبته ما لم يثب منها وسواء عوضه الموهوب له أو أجنبى بأمر الموهوب له أو بغير أمره لم يكن للواهب أن يرجع فى هبته ولا للمعوض أن يرجع فى العوض على الواهب ولا على الموهوب له (أما) الواهب فانما لم يرجع فى هبته لان الاجنبى انما عوض بأمر الموهوب له قام تعويضه مقام تعويضه بنفسه ولو عوض بنفسه

لم يرجع فكذا اذا عوض الاجنبي بأمره وان عوض بغير أمره فقد تبرع باسقاط الحق عنه والتبرع باسقاط الحق
عن الغير جائز كما لو تبرع بخالعة امرأة من زوجها (واما) المعوض فانه لا يرجع على الواهب لان مقصوده من
التعويض سلامة الموهوب للموهوب له واسقاط حق التبرع وقد سلم له ذلك وانما لم يرجع على الموهوب له (اما)
اذا كان بغير أمره فلانه تبرع باسقاط الحق عنه فلا يملك أن يجعل ذلك مضمونا عليه (وأما) اذا عوض بأمره لا يرجع
عليه أيضا الا اذا قال له عوض عني على انى ضامن لانه اذا أمره بالتعويض ولم يضمن له فقد أمره بما ليس بواجب
عليه بل هو متبرع به فلم يوجب ذلك الضمان على الآمر الا بشرط الضمان وعلى هذا قالوا فيمن قال لغيره أطعم عن كفارة
يميني أو أد زكاتي ففعل لا يرجع بذلك على الآمر الا ان يقول له على انى ضامن لانه أمره بما ليس بمضمون عليه
بخلاف ما اذا أمره غيره بقضاء الدين فقضاه انه يرجع على الآمر وان لم يقل على انى ضامن نصا لان قضاء الدين
مضمون على الآمر فاذا أمره به فقد ضمن له ولو عوض الموهوب له الواهب عن نصف الهبة كان عوضا عن نصفها
وكان للواهب أن يرجع في النصف الآخر ولا يرجع فيما عوض عنه لان حق الرجوع في الهبة مما يتجزأ ألا
ترى انه لو رجع في نصف الهبة ابتداء دون النصف جاز فجاز أن يثبت حق الرجوع في النصف بدون النصف
بخلاف العفو عن القصاص والطلاق لان ذلك مما لا يتجزأ فكان اسقاط الحق عن البعض اسقاطا عن الكل
(وأما) العوض المشروط في العقد فان قال وهبت لك هذا الشئ على أن تعوضني هذا الثوب فقد اختلف في ماهية
هذا العقد قال أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم ان عقده عقد هبة وجوازه جواز بيع وربما عبروا انه هبة ابتداء بيع انتهاء
حتى لا يجوز في المشاع الذي ينقسم ولا يثبت الملك في كل واحد منهما قبل القبض ولكل واحد منهما أن يرجع في
سلعته ما لم يتقابضا وكذا اذا قبض أحدهما ولم يقبض الآخر فلكل واحد منهما أن يرجع القابض وغير القابض فيه
سواء حتى يتقابضا جميعا ولو تقابضا كان ذلك بمنزلة البيع يرد كل واحد منهما بالعيب وعدم الرؤية ويرجع في
الاستحقاق وتجب الشفعة اذا كان غير منقول وقال زفر رحمه الله عقده عقد بيع وجوازه جواز بيع ابتداء وانتهاء
وتثبت فيه أحكام البيع فلا يبطل بالشيوع ويفيد الملك بنفسه من غير شريطة القبض ولا يملكان الرجوع (وجه)
قوله ان معنى البيع موجود في هذا العقد لان البيع تمليك العين بعوض وقد وجد الا انه اختلفت العبارة واختلافها
لا يوجب اختلاف الحكم كلفظ البيع مع لفظ التمليك (ولنا) انه وجد في هذا العقد لفظ الهبة ومعنى البيع فيعطى شبه
العقدين فيعتبر فيه القبض والحيازة عملا بشبه الهبة ويثبت فيه حق الرد بالعيب وعدم الرؤية في حق الشفعة عملا
بشبه البيع عملا بالدليلين بقدر الامكان والله عز وجل أعلم (ومنها) ما هو في معنى العوض وهو ثلاثة أنواع الاول
صلة الرحم المحرم فلا رجوع في الهبة لذي رحم محرم من الواهب وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله يرجع الوالد
فيما يهب لولده احتج بما روينا عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال لا يحل لواهب أن يرجع في هبته الا الوالد فيما
يهب لولده وهذا نص في الباب (ولنا) ما روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الواهب أحق بهبته ما لم يثب
منها أي لم يعوض وصلة الرحم عوض معنى لان التواصل سبب التناصر والتعاون في الدنيا فيكون وسيلة الى استيفاء
النصرة وسبب الثواب في الدار الآخرة فكان أقوى من المال وقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال
اتقوا الله وصلوا الارحام فانه أبقى لكم في الدنيا وخير لكم في الدار الآخرة فدخل تحت النص وروي عن سيدنا
عمر رضي الله عنه انه قال من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فانه لا يرجع فيها وهذا نص في الباب والحديث
محمول على النهي عن شراء الموهوب لكنه سماه رجوعا مجازا لتصوره بصورة الرجوع كما روي أن سيدنا عمر رضي الله
عنه تصدق بفرس له على رجل ثم وجده يباع في السوق فأراد أن يشتريه فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن
ذلك فقال لا تعد في صدقتك وسيدنا عمر رضي الله عنه قصد الشراء لا العود في الصدقة لكن سماه عودا لتصوره
بصورة العود وهو نهي ندب لان الموهوب له يستحي فيسامحه في ثمنه فيصير كالراجع في بعضه والرجوع مكروه وهذا

المعنى لا يوجد فى هبة الوالد لولده لان الولد لا يستحى عن المضايقة فى الثمن لا ستيفاء الثمن لمباسطة بينهما عادة فلم يكره الشراء حملناه على هذا توفيقا بين الدليلين صيانة لهما عن التناقض ولو وهب لذى رحم محرم فله أن يرجع لقصور معنى الصلة فى هذه القرابة فلا يكون فى معنى العوض وكذا اذا وهب لذى محرم لا رحم له لانعدام معنى الصلة أصلا ولو وهب لعبد ذى رحم ومولاه أجنبيا (فاما) ان كان المولى ذا رحم محرم من الواهب والعبد أجنبيا (واما) ان كان المولى والعبد جميعا ذوى رحم من الواهب فان كان العبد ذا رحم محرم من الواهب والمولى أجنبيا فله أن يرجع بلا خلاف بين أصحابنا لان حكم العقد يقع للمولى وانما الواقع للعبد صورة العقد بلا حكم وانه لا يفيد معنى الصلة فانعدم معنى العوض أصلا وان كان المولى ذا رحم محرم من الواهب والعبد أجنبيا اختلفوا فيه قال أبو حنيفة رضى الله عنه يرجع وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يرجع (وجه) قولهما أن بطلان حق الرجوع بحصول الصلة لانها فى معنى العوض على ما بينا ومعنى الصلة انما يتحقق لوقوع الحكم للقريب والحكم وقع للمولى فصار كأن الواهب أوجب الهبة له ابتداء وانه يمنع الرجوع كذا هذا (وجه) قول أبى حنيفة رحمه الله أن الملك لم يثبت للمولى بالهبة لانها وقعت للعبد ألا ترى أن القبض اليه لا الى المولى وانما ثبت ضرورة تعدد الاثبات للعبد فأقيم مقامه واذا ثبت الملك له بالهبة لم يحصل معنى الصلة بالعقد فلا يمنع الرجوع مع ما أن الملك يثبت له بالهبة لكن الهبة وقعت للمولى من وجه وللعبد من وجه لان الايجاب أضيف الى العبد والملك وقع للمولى اذا لم يكن دين فلم يتكامل معنى الصلة فى الهبة فصارت كالهبة لذى رحم محرم فان كانا جميعا ذا رحم محرم من الواهب فقد ذكر الكرخى عن محمد ان قياس قول أبى حنيفة أن يرجع لان قرابة العبد لا تؤثر فى اسقاط الرجوع لان الملك لم يقع له وقرابة المولى أيضا لا تؤثر فيه لان الايجاب لم يقع له وحق الرجوع هو الاصل فى الهبة والامتناع معارض المسقط ولم يوجد فلا يسقط وذكر الفقيه أبو جعفر الهندوانى انه ليس له أن يرجع فى هذه المسئلة فى قولهم لان الهبة اما أن يعتبر فيها حال العبد أو حال المولى وأيهما كان فرحمة كاملة والصلة الكاملة تمنع الرجوع والجواب انه لا يعتبر ههنا حال العبد وحده ولا حال المولى وحده بل يعتبر حالهما جميعا واعتبار حالهما لا يمنع الرجوع والله عز وجل أعلم وعلى هذا التفريع اذا وهب لمكاتب شيأ وهو ذو رحم محرم من الواهب أو مولاه ذو رحم محرم من الواهب انه ان أدى المكاتب فعتق يعتبر حاله فى القرابة وعدمها ان كان أجنبيا يرجع وان كان قريبا لا يرجع لانه لما أدى فعتق استقر ملكه فصار كأن الهبة وقعت له وهو حر ولو كان كذلك يرجع ان كان أجنبيا وان كان قريبا لا يرجع كذا هذا وان عجز ورد فى الرق فقياس قول أبى حنيفة رحمه الله انه يعتبر حال المولى فى القرابة وعدمها ان كان أجنبيا فللواهب أن يرجع وان كان قريبا فليس له أن يرجع بناء على أن الهبة عنده أوجبت ملكا موقوفا على المكاتب وعلى مولاه على معنى انه ان أدى فعتق تبين ان الملك وقع له من حين وجود، وان عجز ورد فى الرق يظهر انه وقع للمولى من وقت وجوده كأن الهبة وقعت له من الابتداء وعلى قول محمد لا يرجع فى الاحوال كلها لان عنده كسب المكاتب يكون للمكاتب من غير توقف ثم ينتقل الى المولى بالعجز كأنه وهب لحى فمات وانتقل الموهوب الى ورثته الثانى الزوجية فلا يرجع كل واحد من الزوجين فيما وهبه لصاحبه لان صلة الزوجية تجرى مجرى صلة القرابة الكاملة بدليل انه يتعلق بها التوارث فى جميع الاحوال فلا يدخلها حجب الحرمان والقرابة الكاملة مانعة من الرجوع فكذا ما يجرى مجراها الثالث التوارث فلا رجوع فى الهبة من الفقير بعد قبضها لان الهبة من الفقير صدقة لانه يطلب بها الثواب كالصدقة ولا رجوع فى الصدقة على الفقير بعد قبضها لحصول الثواب الذى هو فى معنى العوض بوعد الله تعالى وان لم يكن عوضا فى الحقيقة اذا العبد لا يستحق على مولاه عوضا ولو تصدق على غنى فالقياس أن يكون له حق الرجوع لان التصدق على الغنى يطلب منه العوض عادة فكان هبة فى الحقيقة فيوجب الرجوع الا انهم استحسنوا وقالوا ليس له ان يرجع لان الثواب قد يطلب بالصدقة على الاغنياء ألا ترى أن من له نصاب تجب فيه الزكاة وله عيال لا يكفيه ما فى

يده ففي الصدقة عليه ثواب واذا كان الثواب مطلوبا من ذلك في الجملة فاذا أتى بلفظة الصدقة دل انه أراد به الثواب وانه يمنع الرجوع لما بينا (وأما) الشيوع فنقول لا يمنع الرجوع في الهبة فللواهب أن يرجع في نصف الهبة مشاعا وان كان يحتمل للقسمة بان وهب دارا فباع الموهوب له نصفها مشاعا كان للواهب أن يرجع في الباقي وكذا لو لم يبع نصفها وهي قائمة في يد الموهوب له فله أن يرجع في بعضها دون البعض بخلاف الهبة المستقبلة انها لا تجوز في المشاع الذي يحتمل القسمة لان القبض شرط جواز العقد والشياع يخل في القبض الممكن من التصرف والرجوع فسخ والقبض ليس بشرط لجواز الفسخ فلا يكون الشيوع مانعا من الرجوع (وأما) بيان ماهية الرجوع وحكمه شرعا فنقول وبالله التوفيق لا خلاف في أن الرجوع في الهبة بقضاء القاضي فسخ واختلف في الرجوع فيها بالتراضي فمسائل أصحابنا تدل على انه فسخ أيضا كالرجوع بالقضاء فانهم قالوا يصح الرجوع في المشاع الذي يحتمل القسمة ولو كان هبة مبتدأة لم يصح مع الشياع وكذا لا تقف صحته على القبض ولو كانت هبة مبتدأة لوقف صحته على القبض وكذا لو وهب لانسان شيا ووهبه الموهوب له لآخر ثم رجع الثاني في هبته كان للاول أن يرجع ولو كان هبة مبتدأة لم يكن له حق الرجوع فهذه المسائل تدل على ان الرجوع بغير قضاء فسخ وقال زفر انه هبة مبتدأة (وجه) قوله ان ملك الموهوب عاد الى الواهب بتراضيهما فأشبه الرد بالعيب فيعتبر عقدا جديدا في حق ثالث كالرد بالعيب بعد القبض والدليل على انه هبة مبتدأة ما ذكر محمد في كتاب الهبة ان الموهوب له اذا رد الهبة في مرض موته انها تكون من الثلث وهذا حكم الهبة المبتدأة (ولنا) ان الواهب بالفسخ يستوفي حق نفسه واستيفاء الحق لا يتوقف على قضاء القاضي والدليل على انه مستوف حق نفسه بالفسخ ان الهبة عقد جائز موجب حق الفسخ فكان بالفسخ مستوفيا ثابتا له فلا يقف على القضاء بخلاف الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء القاضي انه يعتبر بيعا جديدا في حق ثالث لانه لا حق للمشتري في الفسخ وانما حقه في صفة السلامة فاذا لم يسلم اختل رضاه فيثبت حق الفسخ ضرورة فتوقف لزوم موجب الفسخ في حق ثالث على قضاء القاضي (وأما) ما ذكر محمد فمن أصحابنا من التزم وقال هذا يدل على ان الرجوع بغير قضاء هبة مبتدأة وما ذكرنا من المسائل يدل على انها فسخ فكان في المسئلة روايتان (ومنهم) من قال هذا لا يدل على اختلاف الروايتين لانه انما اعتبر الرد من الثلث لكون المريض متهما في الرد في حق ورثته فكان فسخا فيما بين الواهب والموهوب له هبة مبتدأة في حق الورثة وهذا ليس بممتنع أن يكون للعقد الواحد حكمان مختلفان كالاقالة فانها فسخ في حق العاقدين بيع جديد في حق غيرهما واذا انفسخ العقد بالرجوع عاد الموهوب الى قديم ملك الواهب ويملكه الواهب وان لم يقبضه لان القبض انما يعتبر في انتقال الملك لا في عود قديم الملك كالفسخ في باب البيع والموهوب بعد الرجوع يكون أمانة في يد الموهوب له حتى لو هلك في يده لا يضمن لان قبض الهبة قبض غير مضمون فاذا انفسخ عندها بقي القبض على ما كان قبل ذلك أمانة غير موجب للضمان فلا يصير مضمونا عليه الا بالتعدي كسائر الامانات ولو لم يتراضيا على الرجوع ولا قضى القاضي به ولكن الموهوب له وهب الموهوب للواهب وقبله الواهب الاول لا يملكه حتى يقبضه واذا قبضه كان بمنزلة الرجوع بالتراضي أو بقضاء القاضي وليس للموهوب له أن يرجع فيه وكذا الصدقة (أما) وقوف الملك فيه على القبض فلان الموجود لفظ الهبة لا لفظ الفسخ وملك الواهب لا يزول الا بالقبض بخلاف ما اذا تراضيا على الرجوع ان الواهب يملكه بدون القبض لان اتفاقهما على الرجوع اتفاق على الفسخ ولا يشترط للفسخ ما يشترط للعقد ثم اذا قبضه الواهب قام ذلك مقام الرجوع لان الرجوع مستحق فتقع الهبة عن الرجوع المستحق ولا تقع موقع الهبة المبتدأة فلا يصح الرجوع فيها

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يرفع عقد الهبة فالذي يرفعه هو الفسخ اما بالاقالة أو الرجوع بقضاء القاضي أو التراضي على ما بينا واذا انفسخ العقد يعود الموهوب الى قديم ملك الواهب بنفس الفسخ من غير الحاجة الى القبض لما ذكرنا فيما تقدم

﴿كتاب

﴿كتاب الرهن﴾

الكلام فى هذا الكتاب يقع فى مواضع فى بيان ركن عقد الرهن وفى بيان شرائط الركن وفى بيان حكم الرهن وفى بيان مايخرج به الرهن عن كونه مرهونا ومايبطل به الركن ومالا يبطل وفى بيان حكم اختلاف الراهن والمرتهن والعدل أما ركن عقد الرهن فهو الايجاب والقبول وهو أن يقول الراهن رهنتك هذا الشئ بمالك على من الدين أو يقول هذا الشئ رهن بدينك ومايجرى هذا المجرى و يقول المرتهن ارتهنت أوقبلت أو رضيت ومايجرى مجراه فأما لفظ الرهن فليس بشرط حتى لو اشترى شيأ بدراهم ودفع الى البائع ثوبا وقال له امسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن فالثوب رهن لانه أتى بمعنى العقد والعبرة فى باب العقود للمعانى

﴿فصل﴾ وأما الشرائط فأنواع بعضها يرجع الى نفس الرهن و بعضها يرجع الى الراهن والمرتهن و بعضها يرجع الى المرهون و بعضها يرجع الى المرهون به (أما) الذى يرجع الى نفس الرهن فهو أن لا يكون معلقا بشرط ولا مضافا الى وقت لان فى الرهن والارتهان معنى الايفاء والاستيفاء فيشبه البيع وانه لا يحتمل التعليق بشرط والاضافة الى وقت كذا هذا (وأما) الذى يرجع الى الراهن والمرتهن فعقلهما حتى لا يجوز الرهن والارتهان من المجنون والصبى الذى لا يعقل (فأما) البلوغ فليس بشرط وكذا الحرية حتى يجوز من الصبى المأذون والعبد المأذون لان ذلك من توابع التجارة فيملكه من يملك التجارة ولان الرهن والارتهان من باب ايفاء الدين واستيفائه وهما يملكان ذلك وكذا السفر ليس بشرط لجواز الرهن فيجوز الرهن فى السفر والحضر جميعا لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استقرض بالمدينة من يهودى طعاما ورهنه به درعه وكان ذلك رهنا فى الحضر ولان ماشرع له الرهن وهو الحاجة الى توثيق الدين يوجد فى الحالين وهو الرهن عن تواء الحق بالجحود والانكار وتذكره عند السهو والنسيان والتنصيص على السفر فى كتاب الله تعالى عز وجل ليس لتخصيص الجواز بل هو اخراج الكلام مخرج العادة كقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا (وأما) الذى يرجع الى المرهون فأنواع (منها) أن يكون محلا قابلا للبيع وهو أن يكون موجودا وقت العقد مالا مطلقا متقوما مملوكا معلوما مقدور التسليم ونحو ذلك فلا يجوز رهن ماليس بموجود عند العقد ولا رهن مايحتمل الوجود والعدم كما اذا رهن ماتثمر نخيله العام أو ما تلد أغنامه السنة أو مافى بطن هذه الجارية ونحو ذلك ولا رهن الميتة والدم لانعدام ماليتهما ولا رهن صيد الحرم والاحرام لانه ميتة ولا رهن الحر لانه ليس بمال أصلا ولا رهن أم الولد والمدبر المطلق والمكاتب لانهم أحرار من وجه فلا يكونون أموالا مطلقة ولا رهن الخمر والخنزير من المسلم سواء كان العاقدان مسلمين أو أحدهما مسلم لانعدام مالية الخمر والخنزير فى حق المسلم وهذا لان الرهن ايفاء الدين والارتهان استيفاؤه ولا يجوز للمسلم ايفاء الدين من الخمر واستيفاؤه الا أن الراهن اذا كان ذميا كانت الخمر مضمونة على المسلم المرتهن لان الرهن اذا لم يصح كانت الخمر بمنزلة المغصوب فى يد المسلم وخمر الذمى مضمون على المسلم بالغصب واذا كان الراهن مسلما والمرتهن ذميا لا تكون مضمونة على أحد (وأما) فى حق أهل الذمة فيجوز رهن الخمر والخنزير وارتهانهما منهم لان ذلك مال متقوم فى حقهم بمنزلة الخل والشاة عندنا ولا رهن المباحات من الصيد والحطب والحشيش ونحوها لانها ليست بمملوكة فى أنفسها (فأما) كونه مملوكا للراهن فليس بشرط لجواز الرهن حتى يجوز رهن مال الغير بغير اذنه بولاية شرعية كالاب والوصى يرهن مال الصبى بدينه و بدين نفسه لان الرهن لا يخلو (اما) ان يجرى مجرى الايداع (واما) ان يجرى مجرى المبادلة والاب يلى كل واحد منهما فى مال الصغير فانه يبيع مال الصغير بدين نفسه و يودع مال الصغير فان هلك الرهن فى يد المرتهن قبل أن يفتكه الاب هلك بالاقل من قيمته ومما رهن به لان الرهن وقع صحيحا وهذا حكم الرهن الصحيح وضمن الاب قدر ماسقط من الدين بهلاك الرهن لانه قضى دين نفسه بمال ولده فيضمن فلو أدرك الولد والرهن قائم عند المرتهن فليس

له أن يسترده قبل قضاء القاضي لما ذكرنا أن الرهن وقع صحيحا لوقوعه عن ولاية شرعية فلا يملك الولد نقضه ولكن يؤمر الاب بقضاء الدين ورد الرهن على ولده لزوال ولايته بالبلوغ ولو قضى الولد دين أبيه وافتك الرهن لم يكن متبرعا ويرجع بجميع ما قضى على أبيه لانه مضطر الى قضاء الدين اذ لا يمكنه الوصول الى ملكه الا بقضاء الدين كله فكان مضطرا فيه فلم يكن متبرعا بل يكون مأمورا بالقضاء من قبل الاب دلالة فكان له أن يرجع عليه بما قضى كما لو استعار من انسان عبده ليرهنه بدين نفسه فرهن ثم ان المعير قضى دين المستعير وافتك الرهن انه يرجع بجميع ما قضى على المستعير لما قلنا كذا هذا وكذلك حكم الوصي في جميع ما ذكرنا حكم الاب وانما يفترقان في فصل آخر وهو انه يجوز للاب أن يرتهن مال الصغير بدين ثبت على الصغير واذا هلك يهلك بالاقل من قيمته ومن الدين واذا أدرك الولد ليس له أن يسترده اذا كان الاب يشهد على الارتهان وان كان لم يشهد على ذلك لم يصدق عليه بعد الادراك الا بتصديق الولد ويجوز له أن يرهن ماله عند ولده الصغير بدين للصغير عليه ويحبسه لاجل الولد واذا هلك بعد ذلك فيهلك بالاقل من قيمته ومن الدين اذا كان أشهد عليه قبل الهلاك وان كان لم يشهد عليه قبل الهلاك لم يصدق الا أن يصدقه الولد بعد الادراك والوصي لو فعل هذا من اليتيم لا يجوز رهنه ولا ارتهانه أما على أصل محمد فلا يشكل لانه لا يرى بيع مال اليتيم من نفسه ولا شراء ماله لنفسه أصلا فكذلك الرهن وعلى قولهما ان كان يجوز البيع والشراء لكن اذا كان خيرا لليتيم ولا خير له في الرهن لانه يهلك أبدا بالاقل من قيمته ومن الدين فلم يكن فيه خير لليتيم فلم يجز وكذلك يجوز رهن مال الغير باذنه كما لو استعار من انسان شيأ ليرهنه بدين على المستعير لما ذكرنا ان الرهن ايفاء الدين وقضاؤه والانسان بسبيل من أن يقضي دين نفسه بمال غيره باذنه ثم اذا أذن المالك بالرهن فاذنه بالرهن لا يخلو اما ان كان مطلقا واما ان كان مقيدا فان كان مطلقا فالمستعير أن يرهنه بالقليل والكثير وبأي جنس شاء وفي أي مكان كان ومن أي انسان أراد ولان العمل باطلاق اللفظ أصل وان كان مقيدا بان سمى قدرا أو جنسا أو مكانا أو انسانا يتقيد به حتى لو أذن له أن يرهنه بعشرة لم يجز له أن يرهنه بأكثر منها ولا بأقل لان المتصرف باذن يتقيد تصرفه بقدر الاذن والاذن لم يتناول الزيادة فلم يكن له أن يرهن بالاكثر ولا بالاقل أيضا لان المرهون مضمون والمالك انما جعله مضمونا بالقدر وقد يكون له في ذلك غرض صحيح فكان التقييد به مفيدا وكذلك لو أذن له أن يرهنه بجنس لم يجز له أن يرهنه بجنس آخر لان قضاء الدين من بعض الاجناس قد يكون أيسر من بعض فكان التقييد بالجنس مفيدا وكذا اذا أذن له أن يرهنه بالكوفة لم يجز له أن يرهنه بالبصرة لان التقييد بمكان دون مكان مفيد فيتقيد بالمكان المذكور وكذا اذا أذن له أن يرهنه من انسان بعينه لم يجز له أن يرهنه من غيره لان الناس متفاوتون في المعاملات فكان التعيين مفيدا فان خالف في شيء مما ذكرنا فهو ضامن لقيمته اذا هلك لانه تصرف في ملك الغير بغير اذنه فصار غاصبا وللمالك أن يأخذ الرهن من يد المرتهن لان الرهن لم يصح فبقي المرهون في يده بمنزلة المغصوب فكان له أن يأخذه منه وليس لهذا المستعير ان ينتفع بالمرهون لا قبل الرهن ولا بعد الانفكاك فان فعل ضمن لانه لم يأذن له الا بالرهن فان انتفع به قبل أن يرهنه ثم رهنه بمثل قيمته بريء من الضمان حين رهن ذكره في الاصل لانه لما انتفع به فقد خالف ثم لما رهنه فقد عاد الى الوفاق فيبرأ عن الضمان كالمودع اذا عاد الى الوفاق بعد ما خالف في الوديعة بخلاف ما اذا استعار العين لينتفع بها فخالف ثم عاد الى الوفاق انه لا يبرأ عن الضمان لان المستعير للانتفاع ليست يده يد المالك بل يد نفسه حيث تعود المنفعة اليه فلم تكن بالعود الى الوفاق رادا للمال الى يد المالك فلا يبرأ عن الضمان (فأما) المستعير للرهن فيده قبل الرهن يد المالك فاذا عاد الى الوفاق فقد رد المال الى يد المالك فيبرأ عن الضمان واذا قبض المستعير العارية فهلك في يده قبل أن يرهنه فلا ضمان عليه لانه هلك في قبض العارية لا في قبض الرهن وقبض العارية قبض أمانة لا قبض ضمان وكذلك اذا هلك في يده بعد ما افتكه من يد المرتهن لانه بالافتكاك من يد المرتهن عاد عارية فكان الهلاك في قبض العارية ولو وكل الراهن يعني المستعير بقبض الرهن من المرتهن أحدا فقبضه فهلك في يد القابض فان كان القابض في عياله لم يضمن لان يده كيده

والمالك

والمالك رضي بيده وان لم يكن في عياله ضمن لان يده ليست كيده فلم يكن المالك راضياً بيده وان هلك في يد المرتهن وقد رهن على الوجه الذى أذن فيه ضمن الراهن للمعير قدر ما سقط عنه من الدين بهلاك الرهن لانه قضى دين نفسه من مال الغير باذنه بالرهن اذ الرهن قضاء الدين و يتعذر القضاء عند الهلاك وكذلك لو دخله عيب فسقط بعض الدين ضمن الراهن ذلك القدر لانه قضى ذلك القدر من دينه بمال الغير فيضمن ذلك القدر فكان المستعير بمنزلة رجل عنده وديعة لانسان فقضى دين نفسه بمال الوديعة باذن صاحبها فما قضى يكون مضمونا عليه ومالم يقبض يكون أمانة في يده فان عجز الراهن عن الافتكاك فافتكه المالك لا يكون متبرعا و يرجع بجميع ماقضى على المستعير وذكر الكرخي أنه يرجع بقدر ما كان يملك الدين به ولا يرجع بالزيادة عليه ويكون متبرعا فيها حتى لو كان المستعير رهن بألفين وقيمة الرهن ألف فقضى المالك ألفين فانه يرجع على المستعير بألفين وعلى ماذكره الكرخي يرجع عليه بألف (وجه) قول الكرخي ان المضمون على المستعير قدر الدين بدليل انه لا يضمن عند الهلاك الا قدر الدين فاذا قضى المالك الزيادة على المقدر كان متبرعا فيها (وجه) القول الآخر ان المالك مضطر الى قضاء كل الدين الذى رهن به لانه علق ماله عند المرتهن بحيث لا فكاك له الا بقضاء كل الدين فكان مضطرا في قضاء الكل فكان مأذونا فيه من قبل الراهن دلالة كأنه وكله بقضاء دينه فقضاه المعير من مال نفسه ولو كان كذلك لرجع عليه بما قضى كذا هذا وليس للمرتهن أن يمتنع من قبض الدين من المعير و يجبر على القبض و يسلم الرهن اليه لان له ولاية قضاء الدين لتخلص ملكه وازالة العلق عنه فلا يكون للمرتهن ولاية الامتناع من القبض والتسليم فان اختلف الراهن والمعير وقد هلك الرهن فقال المعير هلك في يد المرتهن وقال المستعير هلك قبل أن أرهنه أو بعد ما افتكيته فالقول قول الراهن مع يمينه لان الضمان انما وجب على المستعير لكونه قاضياً دين نفسه من مال الغير باذنه وهو ينكر القضاء فكان القول قول المنكر ولا يجوز رهن المجهول ولا معجوز التسليم ونحو ذلك مما لا يجوز بيعه والاصل فيه ان كل مالا يجوز بيعه لا يجوز رهنه وقد ذكرنا جملة ذلك في كتاب البيوع (ومنها) أن يكون مقبوض المرتهن أو من يقوم مقامه والكلام في القبض في مواضع في بيان انه شرط جواز الرهن وفي بيان شرائط صحته وفي تفسير القبض وماهيته وفي بيان أنواعه (اما) الاول فقد اختلف العلماء فيه قال عامة العلماء انه شرط وقياس قول زفر رحمه الله في الهبة أن يكون ركنا كالقبول حتى ان من حلف لا يرهن فلانا شيأ فرهنه ولم يقبضه يحنث عندنا وعنده لا يحنث كما في الهبة والصحيح قولنا لقول الله تبارك وتعالى فرهان مقبوضة ولو كان القبض ركنا لصار مذكورا بذكر الرهن فلم يكن لقوله تعالى عز شأنه مقبوضة معنى فدل ذكر القبض مقرونا بذكر الرهن على انه شرط وليس بركن وقال مالك رحمه الله ليس بركن ولا شرط والصحيح قول العامة لقوله تبارك وتعالى فرهان مقبوضة وصف سبحانه وتعالى الرهن بكونه مقبوضاً فيقتضي أن يكون القبض فيه شرطاً صيانة لخبره تعالى عن الخلف ولانه عقد تبرع للحال فلا يفيد الحكم بنفسه كسائر التبرعات ولو تعاقدا على أن يكون الرهن في يد صاحبه لا يجوز الرهن حتى لو هلك في يده لا يسقط الدين ولو أراد المرتهن أن يقبضه من يده ليحبسه رهناً ليس له ذلك لان هذا شرط فاسد أدخلاه في الرهن فلم يصح الرهن ولو تعاقدا على أن يكون في يد العدل وقبضه العدل جاز و يكون قبضه كقبض المرتهن وهذا قول العامة وقال ابن أبي ليلى لا يصح الرهن الا بقبض المرتهن والصحيح قول العامة لقوله تبارك وتعالى فرهان مقبوضة من غير فصل بين قبض المرتهن والعدل ولان قبض العدل برضا المرتهن قبض المرتهن معنى ولو قبضه العدل ثم تراضيا على أن يكون الرهن في يد عدل آخر و وضعاه في يده جاز لانه جاز وضعه في يد الاول لتراضيهما فيجوز وضعه في يد الثاني بتراضيهما وكذا اذا قبضه العدل ثم تراضيا على أن يكون في يد المرتهن و وضعاه في يده لانه جاز وضعه في يده في الابتداء فكذا في الانتهاء وكذا اذا قبضه المرتهن أو العدل ثم تراضيا على أن يكون في يد الراهن و وضعه في يده جاز لان القبض الصحيح للعقد قد وجد وقد خرج الرهن من يده فبعد ذلك يده و يد الاجنبي سواء ولو رهن رهنا وسلط عدلا على بيعه عند المحل فلم يقبض حتى حل الاجل فالرهن باطل لان صحته بالقبض والبيع صحيح لان صحة

التوكيل لا تقف صحته على القبض فصح البيع وان لم يصح الرهن وكذلك لو رهن مشاعا وسلطه على بيعه فالرهن باطل والوكالة صحيحة لما ذكرنا ولو جعل عدلا في الامساك وعدلا في البيع جاز لان كل واحد منهما أمر مقصود فيصح افراده بالتوكيل (وأما) بيان شرائط صحته فأنواع (منها) أن يكون باذن الراهن لما ذكرنا في الهبة ان الاذن بالقبض شرط صحته فيما له صحة بدون القبض وهو البيع فلان يكون شرطا فيما لا صحة له بدون القبض أولى ولان القبض في هذا الباب يشبه الركن كما في الهبة فيشبه القبول وذا لا يجوز من غير رضا الراهن كذا هذا ثم نقول الاذن نوعان نص وما يجرى مجرى النص دلالة فالاول نحو أن يقول أذنت له بالقبض أو رضيت به أو اقبض وما يجرى هذا المجرى فيجوز قبضه سواء قبض في المجلس أو بعد الافتراق استحسانا وقياس قول زفر في الهبة ان لا يجوز بعد الافتراق والثاني نحو أن يقبض المرتهن بحضرة الراهن فيسكت ولا ينهاه فيصح قبضه استحسانا وقياس قول زفر في الهبة أن لا يصح كما لا يصح بعد الافتراق لان القبض عنده ركن بمنزلة القبول فلا يجوز من غير اذن كالقبول وصار كالبيع الصحيح بل أولى لان القبض ليس بشرط لصحته وانه شرط لصحة الرهن (وجه) الاستحسان انه وجد الاذن ههنا دلالة الاقدام على ايجاب الرهن لان ذلك دلالة القصد الى ايجاب حكمه ولا ثبوت لحكمه الا بالقبض ولا صحة للقبض بدون الاذن فكان الاقدام على الايجاب دلالة الاذن بالقبض والاقدام دلالة الاذن بالقبض في المجلس لا بعد الافتراق فلم يوجد الاذن هناك نصا ودلالة بخلاف البيع لان البيع الصحيح بدون القبض فلم يكن الاقدام على ايجابه دليل القبض فلا يكون دليل الاذن فهو الفرق ولو رهن شيأ متصلا بما لم يقع عليه الرهن كالثمر المعلق على الشجر ونحوه مما لا يجوز الرهن فيه الا بالفصل والقبض ففصل وقبض فان قبض بغير اذن الراهن لم يجز قبضه سواء كان الفصل والقبض في المجلس أو في غيره لان الايجاب ههنا لم يقع صحيحا فلا يستدل به على الاذن بالقبض وان قبض باذنه فالقياس أن لا يجوز وهو قول زفر وفي الاستحسان جائز بناء على أصل ذكرناه في الهبة والله الموفق (ومنها) الحيازة عندنا فلا يصح قبض المشاع وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط وقبض المشاع صحيح (وجه) قوله ان الشياع لا يقدح في حكم الرهن ولا في شرطه فلا يمنع جواز الرهن ودلالة ذلك ان حكم الرهن عنده كون المرتهن أحق ببيع المرهون واستيفاء الدين من بدله على ما ذكر والشيوع لا يمنع جواز البيع وشرطه هو القبض وانه ممكن في النصف الشائع بتخلية الكل (ولنا) ان قبض النصف الشائع وحده لا يتصور والنصف الآخر ليس بمرهون فلا يصح قبضه وسواء كان مشاعا يحتمل القسمة أو لا يحتملها لان الشيوع يمنع تحقق قبض الشائع في النوعين جميعا بخلاف الهبة فان الشيوع فيها لا يمنع الجواز فيما لا يحتمل القسمة لان المانع هناك ضمان القسمة على ما ذكرنا في كتاب الهبة وانه يخص المقسوم وسواء رهن من أجنبي أو من شريكه على ما نذكر ان شاء الله تعالى وسواء كان مقارنا للعقد أو طرأ عليه في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف ان الشيوع الطارئ على العقد لا يمنع بقاء العقد على الصحة صورته اذا رهن شيأ وسلط المرتهن أو العدل على بيعه كيف شاء مجتمعا أو متفرقا فباع نصفه شائعا أو استحق بعض الرهن شائعا (وجه) رواية أبي يوسف ان حال البقاء لا يقاس على حال الابتداء لان البقاء أسهل من حكم الابتداء لهذا فرق الشرع بين الطارئ والمقارن في كثير من الاحكام كالعدة الطارئة والاباق الطارئ ونحو ذلك فكون الحيازة شرطا في ابتداء العقد لا يدل على كونها شرط البقاء على الصحة (وجه) ظاهر الرواية ان المانع في المقارن كون الشيوع مانعا عن تحقق القبض في النصف الشائع وهذا المعنى موجود في الطارئ فيمنع البقاء على الصحة ولو رهن رجلان رجلا عبدا بدين له عليهما رهنا واحدا جاز وكان كله رهنا بكل الدين حتى ان للمرتهن أن يمسكه حتى يستوفى كل الدين واذا قضى أحدهما دينه لم يكن له أن يأخذ نصيبه من الرهن لان كل واحد منهما رهن كل العبد بما عليه من الدين لا نصفه وان كان المملوك منه لكل واحد منهما النصف لما ذكرنا أن كون المرهون مملوك الراهن ليس بشرط لصحة الرهن فانه يجوز رهن مال الغير باذنه لما بينا واقدامهما على رهنه صفقة واحدة دلالة الاذن من كل واحد منهما فصار كل العبد

رهنا

رهنا بكل الدين ولا استحالة فى ذلك لان الرهن حبس وليس يمتنع أن يكون العبد الواحد محبوسا بكل الدين فلم يكن هذا رهن الشائع فجاز وليس لاحدهما أن يأخذ نصيبه من العبد اذا قضى ما عليه من الدين لان كله مرهون بكل الدين فما بقى شئ من الدين بقى استحقاق الحبس وكذلك اذا رهن رجل رجلين بدين لهما عليه وهما شريكان فيه أولا شركة بينهما جاز واذا قضى الراهن دين أحدهما لم يكن له أن يقبض شيأ من الرهن لانه رهن كل العبد بدين كل واحد منهما وكل العبد يصلح رهنا بدين كل واحد منهما على الكمال كأن ليس معه غيره لما ذكرنا وهذا بخلاف الهبة من رجلين على أصل أبى حنيفة عليه الرحمة انها غير جائزة لان الهبة تمليك وتمليك شئ واحد من اثنين من كل واحد منهما على الكمال محال والعاقل لا يقصد بتصرفه المحال فاما الرهن فحبس ولا استحالة فى كون الشئ الواحد محبوسا بكل واحد من الدينين فهو الفرق بين الفصلين غير انه وان كان محبوسا بكل واحد من الدينين لكنه لا يكون مضمونا الا بحصته حتى لو هلك تنقسم قيمته على الدينين فيسقط من كل واحد منهما بقدره لان المرتهن عند هلاك الرهن يصير مستوفيا الدين من مالية الرهن وانه لا يفى لاستيفاء الدينين وليس أحدهما بأولى من الآخر فيقسم عليهما فيسقط من كل واحد منهما بقدره وعلى هذا يخرج حبس المبيع بان اشترى رجلان من رجل شيأ فأدى أحدهما حصته من الثمن لم يكن له أن يقبض شيأ من المبيع وكان للبائع أن يحبس كله حتى يستوفى ما على الآخر لان كل المبيع محبوس بكل الثمن فما بقى جزء من الثمن بقى استحقاق حبس كل المبيع ولو رهن بيتا بعينه من دار أو رهن طائفة معينة من دار جاز لانعدام الشيوع وعلى هذا الاصل تخرج زيادة الدين على الرهن انها لا تجوز عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وجملة الكلام فى الزيادات انها أنواع أربعة زيادة الرهن وهى نماؤه كالولد واللبن والثمر والصوف وكل ما هو متولد من الرهن أو فى حكم المتولد منه بان كان بدل جزء فائت أو بدل ما هو فى حكم الجزء كالارش والعقر وزيادة الرهن على أصل الرهن كما اذا رهن بالدين جارية ثم زاد عبدا أو غير ذلك رهنا بذلك الدين وزيادة الرهن على نماء الرهن كما اذا رهن بالدين جارية فولدت ولدا ثم ماتت الجارية ثم زاد رهنا على الولد وزيادة الدين على الرهن كما اذا رهن عبدا بألف ثم ان الراهن استقرض من المرتهن ألفا أخرى على أن يكون العبد رهنا بالاول والزيادة جميعا (اما) زيادة الرهن فمرهونة عندنا على معنى انه يثبت حكم الاصل فيها وهو استحقاق الحبس على طريق اللزوم وعند الشافعى رحمه الله ليست بمرهونة أصلا والمسئلة تأتى فى بيان حكم الرهن ان شاء الله تعالى (وأما) زيادة الرهن فجائزة استحسانا والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله وهو على اختلاف الزيادة فى الثمن والمثمن وقد مرت المسئلة فى كتاب البيوع (واما) زيادة الرهن على نماء الرهن بعد هلاك الاصل فهى موقوفة ان بقى الولد الى وقت الفكاك جازت الزيادة وان هلك لم تجز لانها اذا هلكت تبين انها حصلت بعد سقوط الدين وقيام الدين شرط صحة الزيادة (واما) زيادة الدين على الرهن فهى على الاختلاف الذى ذكرنا انه لا يجوز عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف جائزة (وجه) قوله ان الدين فى باب الرهن كالثمن فى باب البيع بدليل انه لا يصح الرهن الا بالدين كما لا يصح البيع الا بالثمن ثم هناك جازت الزيادة فى الثمن والمثمن جميعا فكذا هنا تجوز الزيادة فى الرهن والدين جميعا والجامع بين البابين ان الزيادة عندنا تلتحق بأصل العقد كان العقد ورد على الاصل والزيادة جميعا فيصير كأنه رهن بالدين عبدين ابتداء وذا جائز كذا هذا (وجه) قولهما ان هذه الزيادة لو صحت لاوجبت الشيوع فى الرهن وانه يمنع صحة الرهن ودلالة ذلك انها لو صحت لصار بعض العبد بمقابلتها فلا يخلو (اما) أن يصير ذلك البعض بمقابلة الزيادة مع بقائه مشغولا بالاول (واما) أن يفرغ من الاول ويصير مشغولا بالزيادة لا سبيل الى الاول لان المشغول بشئ لا يحتمل الشغل بغيره ولا سبيل الى الثانى لانه رهن بعض العبد بالدين وهذا رهن المشاع فلا يجوز كما اذا رهن عبدا واحدا بدينين مختلفين لكل واحد منهما بعضه بخلاف زيادة الرهن على أصل الرهن لان الزيادة هناك لا تؤدى الى شيوع الرهن بل الى شيوع الدين لان قبل الزيادة كان العبد بمقابلة كل الدين وبعد الزيادة صار كله بمقابلة بعض الدين والعبد والزيادة بمقابلة البعض الآخر فيرجع

الشيوع الى الدين لا الى الرهن والشيوع فى الدين لا يمنع صحة الرهن وفى الرهن يمنع صحته ألا ترى لو رهن عبدا بنصف الدين جاز ولو رهن نصف العبد بالدين لم يجز لذلك افترق حكم الزيادتين ولو رهن مشاعا فقسم وسلم جاز لان العقد فى الحقيقة موقوف على القسمة والتسليم بعد القسمة فاذا وجد فقد زال المانع من النفاذ فينفذ (ومنها) أن يكون المرهون فارغا عما ليس بمرهون فان كان مشغولا به بأن رهن دارا فيها متاع الراهن وسلم الدار أو سلم الدار مع ما فيها من المتاع أو رهن جوالقا دون ما فيه وسلم الجوالق أو سلمه مع ما فيه لم يجز لان معنى القبض هو التخلية الممكنة من التصرف ولا يتحقق مع الشغل ولو أخرج المتاع من الدار ثم سلمها فارغة جاز وينظر الى حال القبض لا الى حال العقد لان المانع هو الشغل وقد زال فينفذ كما فى رهن المشاع ولو رهن المتاع الذى فيها دون الدار وخلى بينه وبين الدار جاز بخلاف ما اذا رهن الدار دون المتاع لان الدار تكون مشغولة بالمتاع فاما المتاع فلا يكون مشغولا بالدار فيصح قبض المتاع ولم يصح قبض الدار ولو رهن الدار والمتاع والذى فيها صفقة واحدة وخلى بينه وبينهما وهو خارج الدار جاز الرهن فيهما جميعا لانه رهن الكل وسلم الكل وصح تسليمهما جميعا ولو فرق الصفقة فيهما بأن رهن أحدهما ثم الآخر فان جمع بينهما فى التسليم صح الرهن فيهما جميعا (أما) فى المتاع فلا شك فيه لما ذكرنا ان المتاع لا يكون مشغولا بالدار (وأما) فى الدار فلان المانع وهو الشغل قد زال وان فرق بأن رهن أحدهما وسلم ثم رهن الآخر وسلم لم يجز الرهن فى الدار وجاز فى المتاع سواء قدم أو أخر بخلاف الهبة فان هناك يراعى فيه الترتيب ان قدم هبة الدار لم تجز الهبة فى الدار وجازت فى المتاع كما فى الرهن وان قدم هبة المتاع جازت الهبة فيهما جميعا (اما) فى المتاع فلانه غير مشغول بالدار (واما) فى الدار فلانها وان كانت مشغولة وقت القبض لكن بمتاع هو ملك الموهوب له فلم يمنع صحة القبض وهنا الدار مشغولة بمتاع هو ملك الراهن فيمنع صحة القبض فهو الفرق ولو رهن دارا والراهن والمرتهن فى جوف الدار فقال الراهن سلمتها اليك لم يصح التسليم حتى يخرج من الدار ثم يسلم لان معنى التسليم وهو التخلية لا يتحقق مع كونه فى الدار فلا بد من تسليم جديد بعد الخروج منها ولو رهن دابة عليها حمل دون الحمل لم يتم الرهن حتى يلقى الحمل عنها ثم يسلمها الى المرتهن ولو رهن الحمل دون الدابة ودفعها اليه كان رهنا تاما فى الحمل لان الدابة مشغولة بالحمل اما الحمل فليس مشغولا بالدابة كما فى رهن الدار التى فيها المتاع بدون المتاع ورهن المتاع الذى فى الدار بدون الدار ولو رهن سرجا على دابة أو لجاما فى رأسها أو رسنا فى رأسها فدفع اليه الدابة مع اللجام والسرج والرسن لم يكن رهنا حتى ينزعه من رأس الدابة ثم يسلم بخلاف ما اذا رهن متاعا فى الدار لان السرج ونحوه من توابع الدابة فلم يصح رهنها بدون الدابة كما لا يصح رهن الثمر بدون الشجر بخلاف المتاع فانه ليس تبعا للدار ولهذا قالوا لو رهن دابة عليها سرج أو لجام دخل ذلك فى الرهن بحكم التبعية وعلى هذا يخرج ما اذا رهن جارية واستثنى ما فى بطنها أو بهيمة واستثنى ما فى بطنها انه لا يجوز الاستثناء ولا العقد أما الاستثناء فلانه لو جاز لكان المرهون مشغولا بما ليس بمرهون وأما العقد فلان استثناء ما فى البطن بمنزلة الشرط الفاسد والرهن تبطله الشروط الفاسدة كالبيع بخلاف الهبة ولو أعتق ما فى بطن جاريته ثم رهن الام أو دبر ما فى بطنها ثم رهن الام فالكلام فيه كالكلام فى الهبة وقد مر الكلام فى الهبة ومنها ان يكون المرهون منفصلا متميزا عما ليس بمرهون فان كان متصلا به غير متميز عنه لم يصح قبضه لان قبض المرهون وحده غير ممكن والمتصل به غير مرهون فاشبه رهن المشاع وعلى هذا الاصل يخرج ما اذا رهن الارض بدون البناء أو بدون الزرع والشجر أو الزرع والشجر بدون الارض أو الشجر بدون الثمر أو الثمر بدون الشجر انه لا يجوز سواء سلم المرهون بتخلية الكل أولا لان المرهون متصل بما ليس بمرهون وهذا يمنع صحة القبض ولو جد الثمر وحصد الزرع وسلم منفصلا جاز لان المانع من النفاذ قد زال ولو جمع بينهما فى عقد الرهن فرهنهما جميعا وسلم متفرقا جاز وان فرق الصفقة بان رهن الزرع ثم الارض أو الارض ثم الزرع ينظر ان جمع بينهما فى التسليم جاز الرهن فيهما جميعاً وان فرق لا يجوز فيهما جميعاً سواء قدم أو أخر بخلاف الفصل الاول لان المانع فى الفصلين مختلف

فالمانع

فالمانع من صحة القبض فى هذا الفصل هو الاتصال وانه لا يختلف والمانع من صحة القبض فى الفصل الاول هو الشغل وانه يختلف مثال هذا اذا رهن نصف دار مشاعا من رجل ولم يسلم اليه حتى رهنه النصف الباقى وسلم الكل انه يجوز ولو رهن النصف وسلم ثم رهن النصف الباقى وسلم لا يجوز كذا هذا وعلى هذا اذا رهن صوفا على ظهر غنم بدون الغنم انه لا يجوز لان المرهون متصل بما ليس بمرهون وهذا يمنع صحة القبض ولو جزه وسلمه جاز لان المانع قد زال وعلى هذا أيضا اذا رهن دابة عليها حمل بدون الحمل لا يجوز ولو رفع الحمل عنها وسلمها فارغة جاز لما قلنا بخلاف ما اذا رهن ما فى بطن جاريته أو ما فى بطن غنمه أو ما فى ضرعها أو رهن سمنا فى لبن أو دهنا فى سمسم أو زيتا فى زيتون أو دقيقا فى حنطة انه يبطل وان سلطه على قبضه عند الولادة أو عند استخراج ذلك فقبض لان العقد هناك لم ينعقد أصلا لعدم المحل لكونه مضافا الى المعدوم ولهذا لم ينعقد البيع المضاف اليها فكذا الرهن أما هنا فالعقد منعقد موقوف نفاذه على صحة التسليم بالفصل والتميز فاذا وجد فقد زال المانع ولو رهن الشجر بمواضعه من الارض جاز لان قبضه ممكن ولو رهن شجرا وفيه ثمر لم يسمه فى الرهن دخل فى الرهن بخلاف البيع انه لا يدخل الثمر فى بيع الشجر من غير تسمية لانه قصد تصحيح الرهن ولا صحة له بدون القبض ولا صحة للقبض بدون دخول ما هو متصل به فيدخل تحت العقد تصحيحا له بخلاف البيع فانه يصح فى الشجر بدون الثمر ولا ضرورة الى ادخال الثمر للتصحيح ولو قال رهنتك هذه الدار أو هذه الارض أو هذا الكرم وأطلق القول ولم يخص شيأ دخل فيه كل ما كان متصلا به من البناء والغرس لان ذلك يدخل فى البيع مع ان القبض ليس من شرط صحته فلان يدخل فى الرهن أولى الا انه يدخل فيه الزرع والثمر ولا يدخل فى البيع لما ذكرنا بخلاف المتاع انه لا يدخل فى رهن الدار ويدخل الثمر فى رهن الشجر لان الثمر تابع للشجر والمتاع ليس بتابع للدار ولو استحق بعض المرهون بعد صحة الرهن ينظر الى الباقى ان كان الباقى بعد الاستحقاق مما يجوز رهنه ابتداء لا يفسد الرهن فيه وان كان مما لا يجوز رهنه ابتداء فسد الرهن فى الكل لانه لما استحق بعضه تبين ان العقد لم يصح فى القدر المستحق وانه لم يقع الا على الباقى فكانه رهن هذا القدر ابتداء فينظر فيه ان كان محلا لابتداء الرهن يبقى الرهن فيه والا فيفسد فى الكل كما لو رهن هذا القدر ابتداء الا انه اذا بقى الرهن فيه يبقى بحصته حتى لو هلك الباقى يهلك بحصته من الدين وان كان فى قيمته وفاء بجميع الدين ولا يذهب جميع الدين واذا رهن الباقى ابتداء وفيه وفاء بالدين فهلك يهلك بجميع الدين وان شئت ان تجعل الحيازة شرطا مفردا وخرجت المشاع على هذا الاصل لانه مرهون متصل بما ليس بمرهون حقيقة فكان تخريجه عليه مستقيما فافهم ومنها أهلية القبض وهى العقل لانه يثبت به أهلية الركن وهو الايجاب والقبول فلان تثبت به أهلية الشرط أولى وأما تفسير القبض فالقبض عبارة عن التخلى وهو التمكن من اثبات اليد وذلك بارتفاع الموانع وانه يحصل بتخلية الراهن بين المرهون والمرتهن فاذا حصل ذلك صار الراهن مسلما والمرتهن قابضا وهذا جواب ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف انه يشترط معه النقل والتحويل فما لم يوجد لا يصير قابضا وجه هذه الرواية ان القبض شرط صحة الرهن قال الله تبارك وتعالى فرهان مقبوضة ومطلق القبض ينصرف الى القبض الحقيقى ولا يتحقق ذلك الا بالنقل فاما التخلى فقبض حكما لا حقيقة فلا يكتفى به وجه ظاهر الرواية ان التخلى بدون النقل والتحويل قبض فى العرف والشرع أما العرف فان القبض يرد على ما لا يحتمل النقل والتحويل من الدار والعقار يقال هذه الارض أو هذه القرية أو هذه الولاية فى يد فلان فلا يفهم منه الا التخلى وهو التمكن من التصرف وأما الشرع فان التخلى فى باب البيع قبض بالاجماع من غير نقل وتحويل دل ان التخلى بدون النقل والتحويل قبض حقيقة وشريعة فيكتفى به وأما بيان أنواع القبض فنقول وبالله التوفيق القبض نوعان نوع بطريق الاصالة ونوع بطريق النيابة أما القبض بطريق الاصالة فهو ان يقبض بنفسه لنفسه وأما القبض بطريق النيابة فنوعان نوع يرجع الى القابض ونوع يرجع الى نفس القبض أما الذى يرجع الى القابض فنحو قبض الاب والوصى عن الصبى وكذا قبض العدل يقوم مقام قبض

المرتهن حتى لو هلك الرهن في يده كان الهلاك على المرتهن لان نفس القبض مما يحتمل النيابة ولان قبض الرهن قبض استيفاء الدين واستيفاء الدين مما يحتمل النيابة وأما الذى يرجع الى نفس القبض فهو ان المرهون اذا كان مقبوضا عند العقد فهل ينوب ذلك عن قبض الرهن فالاصل فيه ماذكرنا في كتاب البيوع والهبة ان القبضين اذا تجانسا ناب أحدهما عن الآخر واذا اختلفا ناب الاعلى عن الادنى وقد بينا فقه هذا الاصل وفروعه فيما تقدم وان شئت عددت الحيازة والفراغ والتمييز من شرائط نفس العقد فقلت ومن شرائط صحة العقد ان يكون المرهون محوزا عندنا و بنيت المشاع عليه وان شئت قلت ومنها دوام القبض عندنا وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط و بنيت عليه المشاع (ولنا) في اثبات هذا الشرط دليلان أحدهما قوله تعالى فرهان مقبوضة أخبر الله سبحانه وتعالى ان المرهون مقبوض فيقتضى كونه مقبوضا مادام مرهونا لان اخباره سبحانه وتعالى لا يحتمل الخلف والشيوع يمنع دوام القبض فيمنع صحة الرهن والثاني ان الله تبارك وتعالى سماه رهنا وكذا يسمى رهنا في متعارف اللغة والشرع والرهن حبس في اللغة قال الله تبارك وتعالى كل نفس بما كسبت رهينة أي حبيسة بكسبها فيقتضى ان يكون محبوسا مادام مرهونا والشياع يمنع دوام الحبس فيمنع جواز الرهن وسواء كان فيما يحتمل القسمة أو فيما لا يحتملها لان الشيوع يمنع ادامة القبض فيهما جميعا وسواء كان الشيوع مقارنا أو طارئا في ظاهر الرواية لان كل ذلك يمنع دوام القبض وسواء كان الرهن من أجنبي أو من شريكه لانه لو جاز لامسكه الشريك يوما بحكم الملك و يوما بحكم الرهن فتختلف جهة القبض والحبس فلا يدوم القبض والحبس من حيث المعنى و يصير كانه رهنه يوما و يوما لا وذا لا يجوز وعلى هذا أيضا يخرج رهن ما هو متصل بعين ليس بمرهون لان اتصاله بعين المرهون يمنع من ادامة القبض عليه وانه شرط جواز الرهن ومنها ان يكون فارغا مما ليس بمرهون ومنها ان يكون منفصلا مميزا عما ليس بمرهون وخرجت على كل واحد منهما مسائله التي ذكرنا فافهم (وأما) الذى يرجع الى المرهون به فأنواع منها ان يكون مضمونا والكلام في هذا الشرط يقع في موضعين احدهما في أصل اشتراط الضمان والثاني في صفة المضمون أما الاول فاصل الضمان هو كون المرهون به مضمونا شرط جواز الرهن لان المرهون عندنا مضمون بمعنى سقوط الواجب عند هلاكه أو بمعنى استيفاء الواجب ولسنا نعني بالمضمون سوى ان يكون واجب التسليم على الراهن والمضمون نوعان دين وعين أما الدين فيجوز الرهن به باى سبب وجب من الاتلاف والغصب والبيع ونحوها لان الديون كلها واجبة على اختلاف أسباب وجوبها فكان الرهن بها رهنا بمضمون فيصح وسواء كان مما يحتمل الاستبدال قبل القبض أو لا يحتمله كرأس مال السلم وبدل الصرف والمسلم فيه وهذا عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يجوز الرهن بهذه الديون وجه قوله ان سقوط الدين عند هلاك الرهن بطريق الاستبدال على معنى ان عين الدين تصير بدلا عن الدين لا بطريق الاستيفاء لان الاستيفاء لا يتحقق الا عند المجانسة والرهن مع الدين يكونان مختلفي الجنس عادة فلا يكون القول بالسقوط بطريق الاستيفاء فتعين ان يكون بطريق الاستبدال فيختص جواز الرهن بما يحتمل الاستبدال وهذه الديون كما لا يجوز استبدالها فلا يجوز الرهن بها (ولنا) ان السقوط بطريق الاستيفاء لما نذكر في حكم الرهن ان شاء الله تعالى واستيفاء هذه الديون ممكن وأما قوله الاستيفاء يستدعى المجانسة قلنا المجانسة ثابتة من وجه لان الاستيفاء يقع بمالية الرهن لا بصورته والاموال كلها فيما يرجع الى معنى المالية جنس واحد وقد يسقط اعتبار المجانسة من حيث الصورة و يكتفى بمطلق المالية للحاجة والضرورة كما في اتلاف مالا مثل له من جنسه وقد تحققت الضرورة في باب الرهن لحاجة الناس الى توثيق ديونهم من جانب الاستيفاء فامكن القول بالاستيفاء واذا جاز الرهن بهذه الديون فان هلك الرهن في المجلس تم الصرف والسلم لانه صار مستوفيا عين حقه في المجلس لا مستبدلا وان لم يهلك حتى افترقا بطلا لفوات شرط البقاء على الصحة وهو القبض في المجلس وأما العين فنقول لا خلاف في انه لا يجوز الرهن بالعين التي هي أمانة في يد الراهن كالوديعة والعارية ومال المضاربة والبضاعة والشركة والمستأجر ونحوها فانها ليست بمضمونة أصلا

واما

وأما العين المضمونة فنوعان نوع هو مضمون بنفسه وهو الذى يجب مثله عند هلاكه ان كان له مثل وقيمته ان لم يكن له مثل كالمغصوب فى يد الغاصب والمهر فى يد الزوج و بدل الخلع فى يد المرأة و بدل الصلح عن دم العمد فى يد العاقلة ولا خلاف فى انه يجوز الرهن به وللمرتهن ان يحبس الرهن حتى يسترد العين فان هلك المرهون فى يده قبل استرداد العين والعين قائمة يقال للراهن سلم العين الى المرتهن وخذ منه الاقل من قيمة الرهن ومن الدين لان المرهون عندنا مضمون بذلك فاذا وصل اليه العين يجب عليه رد قدر المضمون الى الراهن فان هلكت العين والرهن قائم صار الرهن بها رهنا بقيمتها حتى وهلك الرهن بعد ذلك يهلك مضمونا بالاقل من قيمته وقيمة العين لان قيمة العين بدلها و بدل الشئ قائم مقامه كانه هو وأما الذى هو مضمون بغيره لا بنفسه كالمبيع فى يد البائع ليس هو مضمونا بنفسه الاترى انه لو هلك فى يده لا يضمن شيأ بل هو مضمون بغيره وهو الثمن حتى يسقط الثمن المشترى اذا هلك فهل يجوز الرهن به ذكر فى كتاب الصرف انه يجوز وله ان يحبسه حتى يقبض المبيع وان هلك فى يده قبل القبض يهلك بالاقل من قيمته ومن قيمة المبيع ولا يصير قابضاً للمبيع بهلاكه وله أن يقبض المبيع اذا أوفى ثمنه وعليه أيضا ضمان الاقل بهلاك الرهن ولو هلك المبيع قبل القبض والرهن قائم بطل البيع لان اهلاك المبيع قبل القبض يوجب بطلان المبيع وعلى المشترى أن يرد الرهن على البائع ولو هلك فى يده قبل الرد هلك بضمانه وهو الاقل من قيمته ومن قيمة المبيع للبائع ولا يبطل ضمانه بهلاك المبيع و بطلان البيع لانه وان هلك المبيع فقد سقط الثمن بمقابلته فكان بطلانه بعوض فلا يبطل ضمانه وروى الحسن عن ابى حنيفة انه لا يصح الرهن و به اخذ الكرخى وجه رواية الحسن ان قبض الرهن قبض استيفاء المرهون ولا يتحقق معنى الاستيفاء فى المضمون بغيره لان المشترى لا يصير مستوفياً شيأ بهلاك الرهن انما يسقط عنه الثمن لا غير (وجه) ظاهر الرواية ان الاستيفاء ههنا يحصل من حيث المعنى لان المبيع قبل القبض ان لم يكن مضمونا بالقيمة فهو مضمون بالثمن ألاترى انه لو هلك يسقط الثمن عن المشترى فكان سقوط الثمن عنه كالعوض عن هلاك المبيع فيحصل مستوفياً مالية المبيع من الرهن من حيث المعنى فكان فى معنى المضمون بنفسه فيصح الرهن به ولو تزوج امرأة على دراهم بعينها أو اشترى شيأ بدراهم بعينها فاعطى بها رهناً لم يجز عند أصحابنا الثلاثة رضى الله عنهم وعند زفر يجوز بناء على ان الدراهم والدنانير لا تتعين فى عقود المعاوضات وان عينت فكان الواجب على الراهن مثلها لا عينها فلم يكن المعين مضمونا فلم يجز الرهن به وعنده يتعين بالتعيين بمنزلة العوض فكان المعين مضمونا فجاز الرهن به ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس لان المكفول به ليس بمضمون على الكفيل ألاترى أنه لو هلك لا يجب على الراهن شىء ولا يسقط عن المرتهن بمقابلته ولا يجوز الرهن بالشفعة لان الشفعة ليست بمضمونة على المشترى بدليل أنه لو هلك لا يجب عليه شىء ولا يسقط عن المرتهن بشىء بمقابلته فكان رهنا بما ليس بمضمون فلم يجز ولا يجوز الرهن بالعبد الجانى والعبد المديون لانه لو هلك لا يجب على المولى شىء ولا يسقط عن المرتهن شىء بمقابلته فلم يكن مضمونا أصلا فلا يصح الرهن به ولا يجوز الرهن باجرة النائحة والمغنية بان استأجر مغنية أو نائحة وأعطاهما بالاجرة رهنا لان الاجارة لم تصح فلم تجب الاجرة فكان رهناً بما ليس بمضمون فلم يجز ولو دفع الى رجل رهناً ليقرضه فهلك الرهن قبل أن يقرضه يهلك مضمونا بالاقل من قيمته ومما سمى من القرض وان حصل الارتهان بما ليس بمضمون لكنه فى حكم المضمون لانه قبض الرهن ليقرضه فكان قبض الرهن على جهة الضمان والمقبوض على جهة شىء كالمقبوض على حقيقته فى الشرع كالمقبوض على سوم الشراء (وأما) صفة المضمون فنوعان (أحدهما) متفق عليه (والثانى) مختلف فيه أما المتفق عليه هو أن يكون مضمونا فى الحال فلا يصح الرهن بما يصير مضمونا فى الثانى كالرهن بالدرك بان باع شيأ وقبض الثمن وسلم المبيع الى المشترى فخاف المشترى الاستحقاق فاخذ بالثمن من البائع رهنا قبل الدرك لا يجوز حتى لا يملك الحبس سواء وجد الدرك أو لم يوجد ولو هلك يهلك أمانة سواء وجد الدرك أو لم يوجد وكذا ارتهن بما يثبت له على الراهن فى المستقبل لا يجوز بخلاف الكفالة فان الكفالة بما يصير مضمونا فى

الثانى جائزة كما اذا كفل بما يذوب له على فلان ونحو ذلك لان الارتهان استيفاء من وجه للحال ولا شيء للحال يستوفى واستيفاء المعدوم محال بخلاف الكفالة ولان الرهن والارتهان لما كان من باب الايفاء والاستيفاء أشبه البيع فلا يحتمل الاضافة الى المستقبل كالبيع ولان القياس يأبى جوازهما جميعاً لان كل واحد منهما يستدعى مضموناً الا أن الجواز فى الكفالة لتعامل الناس ولا تعامل فى الرهن فيبقى الامر فيه على أصل القياس وبخلاف ما اذا دفع الى انسان رهناً ليقرضه ان الرهن يكون مضموناً وان كان ذلك رهناً بما ليس بمضمون فى الحال لان له حكم المضمون وان لم يكن مضموناً حقيقة لوجود القبض على جهة الضمان والمقبوض على جهة شيء بمنزلة المقبوض على حقيقة كالمقبوض على سوم الشراء ولم يوجد هنا ولو قال لآخر ضمنت لك مالك على فلان اذا حل يجوز أخذ الكفيل والرهن به ولو قال اذا قدم فلان فانا ضامن مالك عليه لم يجز أخذ الرهن به ويجوز أخذ الكفيل والفرق ان فى المسئلة الاولى الكفالة والرهن كل واحد منهما أضيف الى مضمون فى الحال لان الدين المؤجل واجب قبل حلول الاجل على طريق التوسع وانما تأثير التأجيل فى تأخير المطالبة بخلاف الرهن بضمان الدرك لانه لا مضمون هنالك للحال ولا ماله حكم المضمون بخلاف ما اذا قال اذا قدم فلان فانا ضامن مالك عليه لان ذلك تعليق الضمان بقدوم فلان فكان عدماً قبل وجود الشرط فلم توجد الاضافة الى مضمون للحال فبطل الرهن وصحت الكفالة لانها لا تستدعى مضموناً فى الحال بل فى الجملة على ما مر وأما المختلف فيه فهو ان الشرط كونه مضموناً ظاهراً أو باطناً أو كونه مضموناً من حيث الظاهر يكفى لجواز الرهن ذكر محمد فى الجامع ما يدل على ان كونه مضموناً فى الظاهر كاف ولا يشترط كونه مضموناً حقيقة فانه قال اذا ادعى على رجل ألفاً وهى قرض عليه فجحدها المدعى عليه ثم انه صالح المدعى من ذلك على خمسمائة وأعطاه بها رهناً يساوى خمسمائة ثم تصادقا على ان ذلك المال كان باطلاً وانه لم يكن للمدعى عليه شيء ثم هلك الرهن فى يده كان على المرتهن أن يرد على الراهن خمسمائة لان الدين كان ثابتاً على الراهن من حيث الظاهر ألا ترى أنهما لو اختصما الى القاضى قبل أن يتصادقا ان القاضى يجبر المدعى عليه على ايفاء الخمسمائة فكان هذا رهناً بما هو مضمون ظاهراً فيصح يدل عليه أن الرهن بجهة الضمان جائز على ما ذكرنا فلأن يجوز بالضمان الثابت من حيث الظاهر أولى وروى عن أبى يوسف انه لا يضمن شيئاً لانهما لما تصادقا على أنه لم يكن عليه شيء تبين ان الرهن حصل بما ليس بمضمون أصلاً فلم يصح وكذا ذكر فى الجامع اذا اشترى من رجل عبداً بألف درهم وقبض العبد وأعطاه بالالف رهناً يساوى ألفاً فهلك الرهن عند المرتهن ثم قامت البينة على ان العبد حر أو استحق العبد من يده يهلك مضموناً لان الالف كانت مضمونة على الراهن ظاهراً فقد حصل الارتهان بدين مضمون عليه من حيث الظاهر فجاز وكذا لو اشترى شاة مذبوحة بعشرة دراهم أو اشترى دناً من خل وأعطاه بالثمن رهناً فهلك الرهن ثم علم ان الشاة ميتة والخل خمر فالرهن مضمون لما قلنا وكذا لو قتل عبداً انسان خطأ وأعطاه بقيمته رهناً ثم علم ان العبد حر كان المرهون مضموناً بالاقل من قيمته ومن قيمة العبد لما ذكرنا وعلى قياس ما روى عن أبى يوسف ينبغى أن لا يضمن فى هذه المسائل أيضا لانه تبين ان الارتهان حصل بما ليس بمضمون حقيقة فلم يصح ولو ادعى المستودع أو المضارب هلاك الوديعة أو المضاربة وادعى رب المال عليهما الاستهلاك وتصالحا على مال واخذ رب المال بالمال رهناً من المستودع فهلك عنده ثم تصادقا على ان الوديعة هلكت عنده يضمن المرتهن عند محمد وعند أبى يوسف لا يضمن وهذا الاختلاف بناء على اختلافهما فى صحة الصلح فعند محمد لما صح الصلح كان رهناً بمضمون من حيث الظاهر فيصح وعند أبى يوسف لما لم يصح فقد حصل الرهن بما ليس بمضمون حقيقة فلم يصح (ومنها) أن يكون محتملاً للاستيفاء من الرهن فان لم يحتمل لم يصح الرهن به لان الارتهان استيفاء وعلى هذا يخرج الرهن بالقصاص فى النفس وما دونها انه لا يجوز لانه لا يمكن استيفاء القصاص من الرهن ويجوز الرهن بارش الجناية لان استيفاءه من الرهن ممكن فصح الرهن به وعلى هذا أيضاً يخرج الرهن بالشفعة انه لا يصح لان حق الشفعة لا يحتمل الاستيفاء من الرهن فلم يصح الرهن به وعلى هذا

ايضا

أيضا بخروج الرهن بالكفالة بالنفس فانه لا يجوز لان المكفول به مما لا يحتمل الاستيفاء من الرهن

﴿فصل﴾. وأما حكم الرهن فنقول و بالله التوفيق الرهن نوعان صحيح وفاسد (أما) الاول فله أحكام بعضها يتعلق بحال قيام المرهون و بعضها يتعلق بحال هلاكه (أما) الذى يتعلق بحال قيامه فعندنا ثلاثة الاول ملك حبس المرهون على سبيل الدوام الى وقت الفكاك أو ملك العين فى حق الحبس على سبيل الدوام الى وقت الفكاك وكون المرتهن أحق بحبس المرهون على سبيل اللزوم الى وقت الفكاك والعبارات متفقة المعانى فى متعارف الفقهاء (والثانى) اختصاص المرتهن ببيع المرهون أو اختصاصه بثمنه وهذان الحكمان أصليان للرهن عندنا (والثالث) وجوب تسليم المرهون عند الافتكاك وقال الشافعى رحمه الله الحكم الاصلى للرهن واحد وهو كون المرتهن أحق ببيع المرهون وأخص بثمنه من بين سائر الغرماء (فاما) حق حبس المرهون فليس بحكم لازم حتى ان المرهون ان كان شيأ يمكن الانتفاع به بدون استهلاكه كان للراهن أن يسترده من يد المرتهن فينتفع به فاذا فرغ من الانتفاع رده اليه وان كان شيأ لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه كالمكيل والموزون فليس للراهن أن يسترده من يده احتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يغلق الرهن لا يغلق الرهن لا يغلق الرهن هو لصاحبه الذى رهنه له غنمه وعليه غرمه أخبر عليه الصلاة والسلام ان الرهن لا يغلق أى لا يحبس وعندكم يحبس فكان حجة عليكم وكذا أضاف عليه الصلاة والسلام الرهن الى الراهن بلام التمليك وسماه صاحباً له على الاطلاق فيقتضى أن يكون هو المالك للرهن مطلقاً رقبة وانتفاعا وحبسا ولان الرهن شرع توثيقاً للدين وملك الحبس على سبيل الدوام يضاد معنى الوثيقة لانه يكون فى يده دائما وعسى يهلك فيسقط الدين فكان توهيناً للدين لا توثيقاً له ولان فيما قلتم تعطيل العين المنتفع بها فى نفسها من الانتفاع لان المرتهن لا يجوز له الانتفاع بالرهن أصلا والراهن لا يملك الانتفاع به عندكم فكان تعطيلا والتعطيل تسييب وأنه من أعمال الجاهلية وقد نفاه الله تبارك وتعالى بقوله ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة (ولنا) قوله تعالى وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة أخبر الله تعالى بكون الرهن مقبوضاً واخباره سبحانه وتعالى لا يحتمل الخلل فاقتضى أن يكون المرهون مقبوضاً مادام مرهونا ولان الرهن فى اللغة عبارة عن الحبس قال الله عز وجل كل امرئ بما كسب رهين أى حبيس فيقتضى أن يكون المرهون محبوساً مادام مرهونا ولو لم يثبت ملك الحبس على الدوام لم يكن محبوساً على الدوام فلم يكن مرهونا ولان الله تعالى لما سمى العين التى ورد العقد عليها رهناً وأنه ينبئ عن الحبس لغة كان مادل عليه اللفظ لغة حكماً له شرعا لان للاسماء الشرعية دلالات على أحكامها كلفظ الطلاق والعتاق والحوالة والكفالة ونحوها ولان الرهن شرع وثيقة بالدين. فيلزم أن يكون حكمه ما يقع به التوثيق للدين كالكفالة وانما يحصل التوثيق اذا كان يملك حبسه على الدوام لانه يمنعه عن الانتفاع فيحمله ذلك على قضاء الدين فى أسرع الاوقات وكذا يقع الامن عن تواء حقه بالجحود والانكار على ما عرف ولا حجة له فى الحديث لان معنى قوله عليه الصلاة والسلام لا يغلق الرهن أى لا يملك بالدين كذا قاله أهل اللغة غلق الرهن أى ملك بالدين وهذا كان حكما جاهلياً فرده رسول الله صلى الله عليه وسلم وقوله عليه الصلاة والسلام هو لصاحبه الذى رهنه تفسير لقوله لا يغلق الرهن وقوله عليه الصلاة والسلام له غنمه أى زوائده وعليه غرمه أى نفقته وكفنه وقوله ان ما شرع له الرهن لا يحصل بما قلتم لانه يتوى حقه بهلاك الرهن قلنا على أحد الطريقين لا يتوى بل يصير مستوفياً والاستيفاء ليس بهلاك الدين (وأما) على الطريق الآخر فالهلاك ليس بغالب بل قد يكون وقد لا يكون واذا هلك فالهلاك ليس يضاف الى حكم الرهن لان حكمه ملك الحبس لا نفس الحبس وقوله فيه تسييب ممنوع فان بعقد الرهن مع التسليم يصير الراهن موفياً دينه فى حق الحبس والمرتهن يصير مستوفياً فى حق الحبس والايفاء والاستيفاء من منافع الرهن واذا عرف حكم الرهن فى حال قيامه فيخرج عليه المسائل المتعلقة به (أما) على الحكم الاول وهو ملك الحبس فالمسائل المتعلقة بهذا الحكم بعضها يتعلق بنفس الحكم و بعضها يتعلق بكيفيته أما الذى يتعلق بنفس الحكم فنقول و بالله التوفيق

ليس للراهن أن ينتفع بالمرهون استخداما وركوبا ولبسا وسكنى وغير ذلك لان حق الحبس ثابت للمرتهن على سبيل الدوام وهذا يمنع الاسترداد والانتفاع وليس له أن يبيعه من غير المرتهن بغير اذنه لما فيه من ابطال حقه من غير رضاه ولو باعه توقف نفاذ البيع على اجازة المرتهن ان أجاز جاز لان عدم النفاذ لمكان حقه فاذا رضى ببطلان حقه زال المانع فنفذ وكان الثمن رهناً سواء شرط المرتهن عند الاجازة كونه رهناً أولا فى جواب ظاهر الرهن وروى عن أبى يوسف أنه لا يكون رهناً الا بالشرط لان الثمن ليس بمرهون حقيقة بل المرهون هو المبيع وقد زال حقه عنه بالبيع الا أنه اذا شرط عند الاجازة أن يكون مرهونا فلم يرض بزوال حقه عنه الا ببدل واذا لم يوجد الشرط زال حقه أصلا (وجه) ظاهر الرواية ان الثمن بدل المرهون فيقوم مقامه وبه تبين انه مازال حقه بالبيع لانه زال الى خلف والزائل الى خلف قائم معنى فيقام الخلف مقام الاصل وسواء قبض الثمن من المشترى أو لم يقبضه لانه يقوم مقام ما كان مقبوضاً وان رده بطل لما قلنا وليس له أن يهبه من غيره أو يتصدق به على غيره بغير اذنه لما ذكرنا ولو فعل توقف على اجازة المرتهن ان رده بطل وله أن يعيده رهناً وان أجازه جازت الاجازة لما قلنا وبطل عقد الرهن لانه زال عن ملكه لا الى خلف بخلاف البيع وليس له أن يؤاجره من أجنبى بغير اذن المرتهن لان قيام ملك الحبس له يمنع الاجازة ولان الاجازة بعقد الانتفاع وهو لا يملك الانتفاع به بنفسه فكيف يملكه غيره ولو فعل وقف على اجازته فان رده بطل وان أجاز جازت الاجازة لما قلنا وبطل عقد الرهن لان الاجازة اذا جازت وانها عقد لازم لا يبقى الرهن ضرورة والاجرة للراهن لانها بدل منفعة مملوكة له وولاية قبض الاجرة له أيضا لانه هو العاقد ولا تكون الاجرة رهناً لان الاجرة بدل المنفعة والمنفعة ليست بمرهونة فلا يكون بدلها مرهونا (فاما) الثمن فى باب البيع فبدل المبيع وأنه مرهون فجاز أن يكون بدله مرهونا وكذلك لو آجره من المرتهن صحت الاجارة وبطل الرهن اذا جدد المرتهن القبض للاجارة (أما) صحة الاجارة وبطلان الرهن فلما ذكرنا (وأما) الحاجة الى تجديد القبض فلان قبض الرهن دون قبض الاجارة فلا ينوب عنه ولو هلك فى يده قبل انقضاء مدة الاجارة أو بعد انقضائها يهلك أمانة ان لم يوجد منع من الراهن وان منعه الراهن ثم هلك بعد انقضاء مدة الاجارة ضمن كل قيمته لانه صار غاصباً بالمنع وليس له أن يعيره من أجنبى بغير اذن المرتهن لما ذكرنا فلو أعار وسلم فللمرتهن أن يبطل الاعارة ويعيده رهناً وان أجاز جاز ولا يبطل الرهن ولكن يبطل ضمانه وكذا اذا أعاره باذن المرتهن بخلاف ما اذا آجره فاجاز المرتهن أو آجره باذنه أنه يبطل الرهن لان الاجارة عقد لازم ألا ترى ان أحد العاقدين لا ينفرد بالفسخ من غير عذر فكان من ضرورة جوازها بطلان الرهن فاما الاعارة فليست بلازمة لان للمعير ولاية الاسترداد فى أى وقت شاء فجوازها لا يوجب بطلان عقد الرهن الا أنه يبطل ضمان الرهن لما نذكر فى موضعه ان شاء الله تعالى وكذا ليس للمرتهن أن ينتفع بالمرهون حتى لو كان الرهن عبدا ليس له أن يستخدمه وان كان دابة ليس له أن يركبها وان كان ثوبا ليس له أن يلبسه وان كان داراً ليس له أن يسكنها وان كان مصحفاً ليس له أن يقرأ فيه لان عقد الرهن يفيد ملك الحبس لا ملك الانتفاع فان انتفع به فهلك فى حال الاستعمال يضمن كل قيمته لانه صار غاصبا وليس له أن يبيع الرهن بغير اذن الراهن لان الثابت له ليس الا ملك الحبس فاما ملك العين فللراهن والبيع تمليك العين فلا يملكه المرتهن من غير اذن الراهن ولو باع من غير اذنه وقف على اجازته فان أجازه جاز وكان الثمن رهنا وكذا اذا باع باذنه جاز وكان ثمنه رهنا سواء قبضه من المشترى أو لم يقبضه ولو هلك كان الهلاك على المرتهن وهذا يشكل على الشرط الذى ذكرنا لجواز الرهن وهو أن لا يكون المرهون دينا والثمن دينا فى ذمة المشترى فكيف يصلح رهنا (والجواب) أن الدين يصلح رهنا فى حال البقاء وان كان لا يصلح ابتداء لانه فى حالة البقاء بدل المرهون وبدل المرهون مرهون لانه قائم مقام المرهون كانه هو بخلاف حالة الابتداء وان رد بطل وعاد المبيع رهنا كما كان ولو هلك فى يد المشترى قبل الاجازة لم يجز الاجازة لان قيام المعقود عليه شرط صحة الاجازة والراهن بالخيار ان شاء ضمن المرتهن وان شاء ضمن

المشترى

المشترى لان كل واحد منهما صار غاصبا للمرتهن بالتسليم والمشترى بالقبض فان ضمن المرتهن جاز البيع والثمن للمرتهن وكان الضمان رهنا لانه ملكه بالضمان فتبين أنه باع ملك نفسه فجاز وكان الثمن له لانه بدل ملكه والضمان يكون رهنا لانه بدل المرهون فيكون مرهونا وقيل انما يجوز البيع بتضمين المرتهن اذا سلم الرهن الى المشترى أولا ثم باعه منه فأما اذا باعه ثم سلمه فانه لا يجوز لان سبب ثبوت الملك هو التسليم لانه سبب وجوب الضمان وملك المضمون بملك الضمان والتسليم وجد بعد البيع فلا يجوز البيع كما اذا باع مال غيره بغير اذنه ثم اشتراه منه أنه لا يجوز بيعه كذا هذا وليس فى ظاهر الرواية هذا التفصيل ولو ضمن المشترى بطل البيع لان بتضمين المشترى لم يتبين أن المرتهن باع مال نفسه والضمان يكون رهنا لانه بدل المرهون ويرجع المشترى على البائع بالثمن لان البيع لم يصح وليس له ان يرجع بالضمان عليه وليس له أن يهبه أو يتصدق به بغير اذن الراهن لان الهبة والتصدق تمليك العين والثابت للمرتهن ملك الحبس لا ملك العين فلا يملكها كما لا يملك البيع فان فعل وقف على اجازة الراهن ان أجاز جاز وبطل الرهن وان رد عاد رهنا كما كان ولو هلك فى يد الموهوب له أو المتصدق عليه قبل الاجازة فالراهن بالخيار ان شاء ضمن المرتهن وان شاء ضمن الموهوب له والمتصدق عليه لما ذكرنا وأيهما ضمن لا يرجع بالضمان على صاحبه أما المرتهن فلا شك فيه لانه ملك المرهون بالضمان فتبين أنه وهب أو تصدق بملك نفسه (وأما) الموهوب له والمتصدق عليه فلان الرجوع بالضمان بحكم الضرر وأنه لا يتحقق فى الهبة والصدقة بخلاف البيع والاجارة وليس له أن يؤاجره من غير الراهن بغير اذنه لان الاجارة تمليك المنفعة والثابت له ملك الحبس لا ملك المنفعة فكيف يملكها من غيره فان فعل وقف على اجازة الراهن فان أجاز جاز وبطل الرهن لما ذكرنا فيما تقدم وكانت الاجرة للراهن ولا تكون رهنا لما مر وولاية قبضها للمرتهن لان القبض من حقوق العقد والعاقد هو المرتهن ولا يعود رهنا اذا انقضت مدة الاجارة لان العقد قد بطل فلا يعود الا بالاستئناف وان رد بطل وأعاده رهنا كما كان ولو أجره بغير اذن الراهن وسلمه الى المستأجر فهلك فى يده فالراهن بالخيار ان شاء ضمن المرتهن قيمته وقت التسليم الى المستأجر وان شاء ضمن المستأجر لوجود سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما وهو التسليم والقبض غير أنه ان ضمن المرتهن لا يرجع بالضمان على المستأجر لكنه يرجع عليه باجرة قدر المستوفى من المنافع الى وقت الهلاك لانه ملكه بالضمان فتبين أنه آجر ملك نفسه فصح وكانت الاجرة له لانها بدل منفعة مملوكة له الا انها لا تطيب له وان ضمن المستأجر فالمستأجر يرجع بما ضمن على المرتهن لانه صار مغرورا من جهته فيرجع عليه بضمان الغرور وهو ضمان الكفالة ولا أجرة عليه لان الاجرة والضمان لا يجتمعان ولو سلم واسترده المرتهن عاد رهنا كما كان لانه لما استرده فقد عاد الى الوفاق بعد ما خالف فاشبه المودع اذا خالف فى الوديعة ثم عاد الى الوفاق والاجر للمرتهن لكن لا يطيب له كالغاصب اذا آجر المغصوب وليس له أن يعير الرهن من غير الراهن بغير اذنه لما ذكرنا فى الاجارة فان أعاره وسلمه الى المستعير فللراهن أن يبطل الاعارة فان هلك فى يد المستعير فالراهن بالخيار ان شاء ضمن المرتهن وان شاء ضمن المستعير وأيهما ضمن لا يرجع على صاحبه ويكون الضمان رهنا (أما) عدم الرجوع على المرتهن فلانه ملكه بالضمان فتبين أنه أعار ملكه (وأما) المستعير فلان الرجوع بالغرر ولم يوجد بخلاف الاجارة (وأما) كون الضمان رهنا فلانه بدل المرهون فيكون مرهونا وان سلم واسترده من المستعير عاد رهنا كما كان لانه عاد الى الوفاق فالتحق الخلاف فيه بالعدم ولو اعاره باذن الراهن أو بغير اذنه وأجاز جاز ولا يبطل الرهن لكن يبطل ضمان الرهن لما نذكر بخلاف الاجارة فانها تبطل الرهن وقد مر الفرق وليس له أن يرهنه بغير اذن الراهن لانه لم يرض بحبس غيره فان فعل فللراهن الاول أن يبطل الرهن الثانى ويعيده الى يد المرتهن الاول لان الرهن الثانى لم يصح فلو هلك فى يد المرتهن الثانى قبل الاعادة الى الاول فالراهن الاول بالخيار ان شاء ضمن المرتهن الاول وان شاء ضمن المرتهن الثانى فان ضمن المرتهن الاول جاز الرهن الثانى لانه ملكه المرتهن الاول بالضمان فتبين أنه رهن ملك نفسه ولو هلك فى يد المرتهن

الثانی یہلك بالدین فکان ضمانه رهنالانه بدل المرهون وان ضمن المرتهن الثانی بطل الرهن الثانی و یکون الضمان رهنا علی المرتهن الاول لکونه بدل المرهون و یرجع المرتهن الثانی علی المرتهن الاول بما ضمن و بدینه (أما) الرجوع بالضمان فلانه صار مغرورا من جهته فیرجع علیه (وأما) الرجوع بدینه فلان الرهن الثانی لم یصح فیبقی دینه علیه کما کان وان رهن عند الثانی باذن الراهن الاول جاز الرهن الثانی و بطل الرهن الاول (أما) جواز الرهن الثانی فلان المانع من الجواز قد زال باذن الراهن الاول فاذا أجاز الثانی بطل الاول ضرورة وصار کان المرتهن الاول استعار مال الراهن الاول لیرهنه بدینه فرهنه ولیس له أن یودعه عند أجنبي لیس فی عیاله لان الراهن لم یرض الا بیده أو بید من یده فی معنی یده و ید الاجنبي الذی لیس فی عیاله لیست فی معنی یده فان فعل وهلك فی ید المودع ضمن کل قیمته لانه صار غاصبا بالایداع وله أن یدفعه الی من هو فی عیاله کزوجته وخادمه وأجیره الذی یتصرف فی ماله لان ید هؤلاء کیده الا تری أنه یحفظ مال نفسه بیدهم فکان الهالك فی أیدیهم کالهالك فی یده والاصل فی هذا أن للمرتهن ان یفعل فی الرهن ما یعد حفظا له ولیس له أن یفعل ما یعد استعمالا له وانتفاعا به وعلی هذا یخرج ما اذا ارتهن خاتما فجعله فی خنصره فهلك ضمن کل قیمته لان التختم بالخنصر مما یتجمل به عادة فکان استعمالا له وهو مأذون فی الحفظ لا فی الاستعمال و یستوی فیه الیمنی والیسری لان الناس یختلفون فی التجمل بهذا النوع منهم من یتجمل بالتختم فی الیمنی ومنهم من یتجمل به فی الیسری فکان کل ذلك استعمالا ولو جعله فی بقیة الاصابع فهلك یہلك هلاك الرهن لان التختم بها غیر معتاد فکان حفظا لا استعمالا ولو لبس خاتما فوق خاتم فهلك یرجع فیه الی العرف والعادة فان کان اللابس ممن یتجمل بخاتمین یضمن لانه مستعمل له وان کان ممن لا یتجمل به یہلك بما فیه لانه حافظ ایاه ولو رهنه سیفین فتقلد بهما یضمن ولو کانت السیوف ثلاثة فتقلد بها لم یضمن لان التقلد بسیفین معتاد فی الجملة فکان من باب الاستعمال (فأما) بالثلاثة فلیس بمعتاد فکان حفظا لا استعمالا وان کان الرهن طیلسانا أو قباء فلبسه لبسا معتادا یضمن وان جعله علی عاتقه فهلك یہلك رهنا لان الاول استعمال والثانی حفظ وله أن یبیع ما یخاف الفساد علیه باذن القاضی لان بیع ما یخاف علیه الفساد من باب الحفظ فله أن یبیعه لکن باذن القاضی له لان له ولایة فی مال غیره فی الجملة فان باع بغیر اذنه ضمن لانه لا ولایة له علیه واذا باع بامر الحاکم کان ثمنه رهنا فی یده لانه بدل المرهون فیکون رهنا وله أن یطالب الراهن بایفاء الدین مع قیام عقد الرهن اذا لم یکن الدین مؤجلا لان الرهن شرع لتوثیق الدین ولیس من الوثیقة سقوط المطالبة بایفاء الدین ولو طالب المرتهن الراهن بحقه فقال الراهن بعه واستوف حقك فقال المرتهن لا أرید البیع ولکن أرید حقی فله ذلك لان الرهن وثیقة و بالبیع یخرج عن کونه رهنا فیبطل معنی الوثیقة فله أن یتوثق باستیفائه الی استیفاء الدین ولو قال الراهن للمرتهن ان جئتك بحقك الی وقت کذا والا فهو لك بدینك أو بیع بحقك لم یجز وهو رهن علی حاله لان هذا تعلیق التملیك بالشرط وأنه لا یتعلق بالشرط ولیس للقاضی أن یبیع الرهن بدین المرتهن من غیر رضا الراهن لکنه یحبس الراهن حتی یبیعه بنفسه عند أبی حنیفة علیه الرحمة وعندهما له أن یبیعه علیه وهی مسئلة الحجر علی الحر وقد ذکرناها فی کتاب الحجر وکذلك لیس للعدل أن یبیع الرهن کما لیس للراهن ولا للمرتهن ذلك والکلام فی العدل فی ثلاثة مواضع أحدها فی بیان ما للعدل أن یفعله فی الرهن وما لیس له أن یفعله فیه والثانی فی بیان من یصلح عدلا فی الرهن ومن لا یصلح والثالث فی بیان ما ینعزل به العدل یخرج عن الوکالة وما لا ینعزل (أما) الاول فنقول و بالله التوفیق للعدل أن یمسك الرهن بیده و بید من یحفظ ماله بیده ولیس له أن یدفعه الی المرتهن بغیر اذن الراهن ولا الی الراهن بغیر اذن المرتهن قبل سقوط الدین لان کل واحد منهما لم یرض بید صاحبه حیث وضعاه فی ید العدل ولو دفعه الی أحدهما من غیر رضا صاحبه فلصاحبه أن یسترده و یعیده الی ید العدل کما کان ولو هلك قبل الاسترداد ضمن العدل قیمته لانه صار غاصبا بالدفع ولیس له أن ینتفع

بالرهن ولا أن يتصرف فيه بالاجارة والاعارة والرهن وغير ذلك لان الثابت له بالوضع فى يده هو حق الامساك لا الانتفاع والتصرف وليس له أن يبيعه لما قلنا الا اذا كان مسلطا على بيعه فى عقد الرهن أو متأخرا عنه فله أن يبيعه لانه صار وكيلا بالبيع الا أن التسليط اذا كان فى العقد لا يملك عزله من غير رضا المرتهن واذا كان متأخراً عن العقد يملك لما ذكرنا وله ان يبيع الزيادة المتولدة من الرهن لكونها مرهونة تبعا للاصل وكذا له أن يبيع ما هو قائم مقام الرهن نحو ان كان الرهن عبدا فقتله عبد اوفقأ عينه لانه اذا قام مقامه جعل كان الاول قائم ثم اذا سلطه على البيع مطلقا فله أن يبيعه باى جنس كان من الدراهم والدنانير وغيرهما و باى قدر كان بمثل قيمته أو بأقل منه قدر مايتغابن الناس فيه و بالنقد والنسيئة عند أبى حنيفة وله أن يبيع قبل حلول الاجل لان الامر بالبيع مطلق واذا باع كان الثمن رهنا عنده الى أن يحل الاجل لان ثمن المرهون مرهون فاذا حل الاجل أو فى دين المرتهن ان كان من جنسه وان سلط على البيع عند المحل لم يكن له أن يبيعه قبله لما قلنا ولو كان الرهن بالمسلم فيه فسلطه على البيع عند المحل فله أن يبيعه بجنس المسلم فيه وغيره عند أبى حنيفة وعندهما يبيعه بالدراهم والدنانير و بجنس المسلم فيه وهى مسئلة الوكيل بالبيع المطلق أنه يبيع باى ثمن كان عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد ليس له أن يبيع بما لا يتغابن الناس فيه ولا بالنسيئة ولا بغير الدراهم والدنانير الا أنهما جوزا ما فى مسئلة السلم بجنس المسلم فيه لان الامر بالبيع لقضاء الدين من ثمنه والجنس أقرب الى القضاء منه ولو نهاه الراهن عن البيع بالنسيئة فان نهاه عند عقد الرهن ليس له أن يبيع بالنسيئة لان التوكيل حصل مقيداً فيلزمه مراعاة القيد متأخرا اذا كان التقييد مفيدا وهذا النوع من التقييد مفيد ولو نهاه متأخراً عن العقد لم يصح نهيه لان التقييد المتراخى ابطال من حيث الظاهر كالتخصيص المتراخى عن النص العام عند بعض مشايخنا حتى جعلوه فسخا لا بيانا واذا كان ابطالا لا يملكه الراهن كما لا يملك ابطال الوكالة الثابتة عند العقد بالعزل ثم اذا باع العدل الرهن خرج عن كونه رهنا لانه صار ملكا للمشترى وصار ثمنه هو الرهن لانه قام مقامه سواء كان مقبوضا أو غير مقبوض حتى لو توى عند المشترى كان على المرتهن و يهلك بالاقل من قدر الثمن ومن الدين ولا ينظر الى قيمة المبيع بل ينظر الى الثمن بعد البيع لان الرهن انتقل الى الثمن وخرج المبيع عن كونه رهنا فتعتبر قيمة الرهن ثم ان باعه بجنس الدين قضى دين المرتهن منه وان باعه بخلاف جنسه باع الثمن بجنس الدين وقضى الدين منه لانه مسلط على بيع الرهن وقضاء الدين من ثمنه وقضاء الدين من جنسه يكون ولو باع العدل الرهن ثم استحق فى يد المشترى فللمشترى أن يرجع بالثمن على العدل لان العاقد هو وحقوق العقد فى باب البيع ترجع الى العاقد والعدل بالخيار ان شاء يسترد من المرتهن ما أوفاه من الثمن وعاد دينه على الراهن كما كان و ان شاء رجع بما ضمن على الراهن وسلم للمرتهن ما قبض (أما) ولاية استرداد الثمن من المرتهن فلان البيع قد بطل بالاستحقاق وتبين أن قبض الثمن من المرتهن لم يصح فله أن يسترده منه واذا استرده عاد الدين على حاله (وأما) الرجوع بما ضمن على الراهن فله أن يرجع بالعهدة عليه واذا رجع عليه سلم للمرتهن ما قبضه لانه صح قبضه هذا اذا سلم الثمن الى المرتهن فان كان هلك فى يده قبل التسليم ليس له أن يرجع الا على الراهن لانه وكيل الراهن بالبيع عامل له فكان عهدة عمله عليه فى الاصل لا على غيره الا أن له أن يرجع على المرتهن اذا قبض الثمن لما ذكرنا فاذا لم يقبض وجب العمل بالاصل فيرجع على الراهن بما ضمن و بطل الرهن بالاستحقاق و يرجع المرتهن بدينه على الراهن ولو لم يستحق الرهن ولكن المشترى وجد به عيبا كان له أن يرده على العدل لان الرد بالعيب من حقوق البيع وانها ترجع الى العاقد والعاقد هو العدل فيرد عليه و يسترد منه الثمن الذى أعطاه والعدل بالخيار ان كان رده عليه بقضاء القاضى ان شاء رجع على المرتهن ان كان سلم الثمن اليه وان شاء رجع على الراهن أما على المرتهن فلانه اذا رد عليه بعيب بقضاء القاضى فقد انفسخ البيع فكان له أن يرجع بالثمن وعاد دين المرتهن على الراهن وعاد الرهن المردود رهنا بالدين (وأما) الرجوع على الراهن فلانه وكله بالبيع فيرجع عليه بالعهدة وان كان العدل لم يعط المرتهن الثمن فان رد العدل ما قبض من الثمن فلا يرجع على

أحدوان كان هلك فى يده وضمن فى ماله يرجع بما ضمن على الراهن خاصة دون المرتهن لما ذكرنا فى الاستحقاق ويكون المردود رهنا كما كان هذا اذا كان بيع العدل بتسليط مشروط فى عقد الرهن فاما اذا كان بتسليط وجد من الراهن بعد الرهن فان العدل يرجع بما ضمن على الراهن لا على المرتهن سواء قبض المرتهن الثمن أولم يقبضه لانه وكيل الراهن وعهدة الوكيل فيما وكل به على موكله فى الاصل لانه عامل له فكان عهدة عمله عليه الا أن التسليط اذا كان مشروطاً فى العقد يثبت له حق الرجوع على المرتهن لتعلق حقه بهذه الوكالة على ما نذكر ان شاء الله تعالى فاذا وقع البيع لحقه جاز أن يرجع بالضمان عليه واذا لم يكن مشروطاً فيه لم يثبت التعليق فبقى حق الرجوع بالعهدة على الموكل على حكم الاصل وللعدل أن يبيع الزوائد المتولدة من الرهن لانها مرهونة تبعاً للاصل لثبوت حكم الرهن فيها وهو حق الحبس تبعاً فله أن يبيعها كما له أن يبيع الاصل وكذا العبد المدفوع بالجناية على الرهن بأن قتل الرهن أوفقأ عينه فدفع به للعدل أن يبيعه لان الثانى قائم مقام الاول لحماً ودماً فصار كان الاول قائم وللعدل أن يمتنع من البيع واذا امتنع لا يجبر عليه ان كان التسليط على البيع بعد الرهن وان كان فى الرهن لم يكن له أن يمتنع عنه ولو امتنع يجبر عليه لان التسليط اذا لم يكن مشروطا فى الرهن لم يتعلق به حق المرتهن فكان توكيلا محضا بالبيع فأشبه التوكيل بالبيع فى سائر المواضع واذا كان مشروطا فيه كان حق المرتهن متعلقا به فله أن يجبره على البيع لاستيفاء حقه (وأما) بيان من يصلح عدلا فى الرهن ومن لا يصلح فالمولى لا يصلح عدلا فى رهن عبده المأذون حتى لو رهن العبد المأذون على أن يضع على يد مولاه لم يجز الرهن سواء كان على العبد دين أولم يكن والعبد يصلح عدلا فى رهن مولاه حتى لو رهن انسان شيأ على أن يضع فى يد عبده المأذون يصح الرهن لان قبض الرهن قبض استيفاء الدين فيصير العدل وكيلا فى استيفاء الدين والمولى لا يصلح وكيل الاجنبى فى استيفاء الدين من عبده لان الوكيل من يعمل لغيره واستيفاء الدين من عبده عمل لنفسه من وجه لما فيه من فراغ رقبة عبده عن شغل الدين والعبد يصلح وكيل الاجنبى فى استيفاء الدين من مولاه لذلك افترقا وعن أبى يوسف ان المولى يصلح عدلا فى رهن مكاتبه والمكاتب يصلح عدلا فى رهن مولاه لان المكاتب حريدا فكان كل واحد منهما أجنبيا عما فى يد الآخر والمكفول عنه لا يصلح عدلا فى رهن الكفيل وكذا الكفيل لا يصلح عدلا فى رهن المكفول عنه لان كل واحد منهما لا يصلح وكيلا فى استيفاء الدين من صاحبه لانه يعمل لنفسه أما المكفول عنه فبتفريغ ذمته عن الدين (وأما) الكفيل فبتخليص نفسه عن الكفالة بالدين وأحد شريكى المفاوضة لا يصلح عدلا فى رهن صاحبه بدين التجارة لان يد كل واحد منهما يد صاحبه فكان ما فى يد كل واحد منهما كانه فى يد صاحبه فلم يتحقق خروج الرهن من يد الراهن وانه شرط صحة الرهن وكذا أحد شريكى العنان فى التجارة لا يصلح عدلا فى رهن صاحبه بدين التجارة لما قلنا فان كان من غير التجارة فهو جائز فى الشريكين جميعا لان كل واحد منهما أجنبى عن صاحبه فى غير دين التجارة فلم تكن يده كيد صاحبه فوجد خروج الرهن من يد الراهن ورب المال لا يصلح عدلا فى رهن المضارب ولا المضارب فى رهن رب المال حتى لو رهن المضارب شيأ من مال المضاربة بدين فى المضاربة على أن يضعه على يد رب المال أو رهن رب المال على أن يضعه على يد المضارب لا يجوز الرهن لان يد المضارب يد لرب المال وعمل رب المال كعمل المضارب فلم يتحقق خروج الرهن من يد الراهن فلم يجز الرهن والاب لا يصلح عدلا فى رهنه بثمن ما اشترى للصغير بأن اشترى الاب للصغير شيأ ورهن بثمن ما اشترى له على أن يضعه على يد نفسه فالشراء جائز والرهن باطل لانه لما شرط على أن يضعه فى يد نفسه فقد شرط على أن لا يخرج الرهن من يد الراهن وانه شرط فاسد فيفسد الرهن وهل يصلح الراهن عدلا فى الرهن فان كان الرهن لم يقبض من يده بعد لا يصلح حتى لو شرط فى عقد الرهن على أن يكون الرهن فى يده فسد العقد لان قبض المرتهن شرط صحة العقد ولا يتحقق القبض الا بخروج الرهن من يد الراهن فكان شرط كونه فى يده شرطا فاسدا فيفسد الرهن وان كان قبضه المرتهن ثم وضعه على يده جاز بيعه لان العقد قد صح بالقبض والبيع تصرف من الراهن

فى ملكه فكان الاصل فيه هو النفاذ والتوقف كان لحق المرتهن فاذا رضى به فقد زال المانع فينفذ (وأما) بيان ما ينعزل به العدل و يخرج عن الوكالة ومالا ينعزل فنقول التسليط على البيع اما أن يكون فى عقد الرهن واما أن يكون متأخرا عنه فان كان فى العقد فعزل الراهن العدل لا ينعزل من غير رضا المرتهن لان الوكالة اذا كانت فى العقد كانت تابعة للعقد فكانت لازمة بالعقد فلا ينفرد الراهن بفسخها كما لا ينفرد بفسخ العقد وكذا لا ينعزل بموت الراهن ولا بموت المرتهن لما ذكرنا ان الوكالة الثابتة فى العقد من توابع العقد والعقد لا يبطل بالموت فكذا ما هو من توابعه وان كان التسليط متأخرا عن العقد فللراهن أن يعزله و ينعزل بموت الراهن أيضا لان التسليط المتأخر عن العقد توكيل مبتدأ فينعزل الوكيل بعزل الموكل وموته وسائر ما يخرج به الوكيل عن الوكالة وقد ذكرنا جملة ذلك فى كتاب الوكالة وهذا الذى ذكرنا جواب ظاهر الرواية وعن أبى يوسف أن التسليط الطارئ على العقد والمقارن اياه سواء لانه يلتحق بالعقد فيصير كالموجود عند العقد والصحيح جواب ظاهر الرواية لان التسليط لم يوجد عند العقد حقيقة وجعل المعدوم حقيقة موجودا تقديرا لا يجوز الا بدليل ولم يوجد وتبطل الوكالة بموت العدل سواء كانت بعد العقد أو فى العقد ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لان الوكالة لا تورث ولان الراهن رضى به ولم يرض بغيره فاذا مات بطلت الوكالة لكن لا يبطل العقد و يوضع الرهن فى يد عدل آخر عن تراض منهما لانه جاز الوضع فى يد الاول فى الابتداء بتراضيهما فكذا فى يد الثانى فى الانتهاء فان اختلفا فى ذلك نصب القاضى عدلا ووضع الرهن على يده قطعا للمنازعة وليس للعدل الثانى أن يبيع الا أن يموت الراهن لان الراهن سلط الاول لا الثانى وعلى هذا تخرج نفقة الراهن انها على الراهن لا على المرتهن والاصل ان ما كان من حقوق الملك فهو على الراهن لان الملك له وما كان من حقوق اليد فهو على المرتهن لان اليد له اذا عرف هذا فنقول الرهن اذا كان رقيقا فطعامه وشرابه وكسوته على الراهن وكفنه عليه وأجرة ظئر ولد الرهن عليه وان كانت دابة فالعلف وأجرة الراعى عليه وان كان بستانا فسقيه وتلقيح نخله وجداده والقيام بمصالحه عليه سواء كان فى قيمة الرهن فضل أو لم يكن لان هذه الاشياء من حقوق الملك ومؤنات الملك على المالك والملك للراهن فكانت المؤنة عليه والخراج على الراهن لانه مؤنة الملك (وأما) العشر فى الخارج يأخذه الامام ولا يبطل الرهن فى الباقى بخلاف ما اذا استحق بعض الرهن شائعا انه يبطل الرهن فى الباقى (ووجه) الفرق ان الفساد فى الاستحقاق لمكان الشيوع ولم يوجد ههنا لان بالاستحقاق تبين ان الرهن فى القدر المستحق لم يصح والباقى شائع والشياع يمنع صحة الرهن بخلاف العشر لان وجوبه فى الخارج لا يخرجه عن ملكه بدليل أنه يجوز بيعه و يجوز له الاداء من غيره فكان الدفع الى الامام بمنزلة اخراج الشئ عن ملكه فلا يتحقق فيه معنى الشيوع فهو الفرق ولو كان فى الرهن نماء فأراد الراهن أن يجعل النفقة التى ذكرنا انها عليه فى نماء الرهن ليس له ذلك لان زوائد المرهون مرهونة عندنا تبعا للاصل فلا يملك الانفاق منها كما لا يملك الانفاق من الاصل والحفظ على المرتهن حتى لو شرط الراهن للمرتهن أجرا على حفظه لحفظ لا يستحق شيأ من الاجر لان حفظ الرهن عليه فلا يستحق الاجر باتيان ما هو واجب عليه بخلاف المودع اذا شرط للمودع اجرا على حفظ الوديعة ان له الاجر لان حفظ الوديعة ليس بواجب عليه فجاز شرط الاجر وأجرة الحافظ عليه لانها مؤنة الحفظ والحفظ عليه وكذا أجرة المسكن والمأوى لما قلنا وروى عن أبى يوسف ان كراء المأوى على الراهن وجعله بمنزلة النفقة وجعل الآبق على المرتهن بقدر الدين والفضل على ذلك على المالك حتى لو كانت قيمة الرهن والدين سواء أو قيمة الرهن أقل فالجعل كله على المرتهن وان كانت قيمته أكثر فبقدر الدين على المرتهن و بقدر الزيادة على الراهن لان وجوب الجعل على المرتهن لكون المرهون مضمونا وانه مضمون بقدر الدين والفضل أمانة فانقسم الجعل عليهما على قدر الامانة والضمان بخلاف أجرة المسكن انها على المرتهن خاصة وان كان فى قيمة الرهن فضل لان الاجرة انما وجبت على المرتهن لكونها مؤنة الحفظ وكل المرهون محفوظ بحفظه فكان كل المؤنة عليه فأما الجعل فانما لزمه لكون المردود مضمونا

والمضمون بعضه لا كله فيتقدر بقدر الضمان والفداء من الجناية والدين الذي يلحقه الرهن بمنزلة جعل الآبق ينقسم على المضمون والامانة وكذلك مداواة الجروح والقروح والامراض تنقسم عليهما على قدر الضمان والامانة كذا ذكر الكرخي وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أن المداواة على المرتهن من باب احياء حقه وهو الدين وكل ما وجب على الراهن فأداه المرتهن بغير اذنه أو وجب على المرتهن فأداه الراهن بغير اذنه فهو متطوع لانه قضى دين غيره بغير أمره فان فعل بأمر القاضي يرجع على صاحبه لان القاضي له ولاية حفظ أموال الناس وصيانتها عن الهلاك والاذن بالانفاق على وجه يرجع على صاحبه بما أنفق طريق صيانة المالين وكذا اذا فعل أحدهما بأمر صاحبه يرجع عليه لانه صار وكيلا عنه بالانفاق وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله أن الراهن ان كان غائباً فأنفق المرتهن بأمر القاضي يرجع عليه وان كان حاضراً لم يرجع عليه وقال ابو يوسف ومحمد يرجع في الحالين جميعا بناء على أن القاضي لا يلي على الحاضر عنده وعندهما يلي عليه وهي مسألة الحجر على الحر وستأتي في كتاب الحجر وعلى هذا يخرج زوائد الرهن انها مرهونة عندنا وجملة الكلام في زوائد الرهن انها على ضربين زيادة غير متولدة من الاصل ولا في حكم المتولد منه كالكسب والهبة والصدقة وزيادة متولدة من الاصل كالولد والثمر واللبن والصوف أو في حكم المتولد من الاصل كالارش والعقر ولا خلاف في أن الزيادة الاولى انها ليست بمرهونة بنفسها ولا هي بدل المرهون ولا جزء منه ولا بدل جزء منه فلا يثبت فيها حكم الرهن واختلف في الزيادة الثانية قال أصحابنا رحمهم الله انها مرهونة وقال الشافعي رحمه الله ليست بمرهونة بناء على أن الحكم الاصلي للرهن عنده هو كون المرتهن أخص ببيع المرهون وأحق بثمنه من بين سائر الغرماء فقبل البيع لا حق له في الرهن حتى يسري الى الولد فأشبه ولد الجارية اذا جنت ثم ولدت ان حكم الجناية لا يثبت في ولدها لما أن حكم جناية الام هو وجوب الدفع الى المجني عليه وانه ليس بمعنى ثابت في الام فلم يسر الى الولد كذا هذا والدليل على أن الزيادة ليست مرهونة انها ليست بمضمونة ولو كانت مرهونة لكانت مضمونة كالاصل وعندنا حق الحبس حكم أصلي للرهن أيضاً وهذا الحق ثابت في الام فيثبت في الولد تبعاً للام الا أنها ليست بمضمونة لثبوت حكم الرهن فيها تبعا للاصل فكانت مرهونة تبعا لا أصلا كولد المبيع انه مبيع على أصل أصحابنا رضي الله عنهم لكن تبعا لا أصلا فلا يكون له حصة من الثمن الا اذا صار مقصودا بالقبض فكذا المرهون تبعا لا يكون له حصة من الضمان الا اذا صار مقصوداً بالفكاك واذا كانت الزيادة مرهونة عندنا كانت محبوسة مع الاصل بكل الدين وليس للراهن أن يفتك أحدهما الا بقضاء الدين كله لان كل واحد منهما مرهون والمرهون محبوس كله بكل جزء من أجزاء الدين لما نذكره في موضعه ان شاء الله تعالى وينقسم الدين على الاصل والزيادة على تقدير بقائهما الى وقت الفكاك على قدر قيمتهما لكن تعتبر قيمة الاصل يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الفكاك ونبين ذلك في موضعه وعلى هذا يخرج الزيادة على الرهن انها لما كانت جائزة على أصل أصحابنا كان للمرتهن أن يحبسهما جميعا بالدين ولا سبيل للراهن على أحدهما ما لم يقبض جميع الدين لان كل واحد منهما مرهون ويقسم الدين بينهما على قدر قيمتهما الا أنه تعتبر قيمة الرهن الاصلي وقت العقد وقيمة الزيادة وقت الزيادة وأيهما هلك يهلك بحصته من الدين بخلاف زيادة الرهن والفرق بين الزيادتين يأتي في موضعه ان شاء الله تعالى (وأما) الذي يتعلق بكيفية هذا الحكم فنوعان الاول ان الثابت للمرتهن حق حبس الرهن بالدين الذي رهن به وليس له أن يمسكه بدين وجب له على الراهن قبل الرهن أو بعده لانه مرهون بهذا الدين لا بدين آخر فلا يملك حبسه بدين آخر لان ذلك دين لا رهن به والثاني ان المرهون محبوس بجميع الدين الذي رهن به سواء كانت قيمة الرهن أكثر من الدين أو أقل حتى لو قضى الراهن بعض الدين كان للمرتهن أن يحبس كل الدين حتى يستوفي ما بقي قل الباقي أو كثر لان الرهن في حق ملك الحبس مما لا يتجزأ فما بقي شيء من الدين بقي محبوسا به كالمبيع قبل القبض لما كان محبوسا بجميع الثمن فما بقي شيء من الثمن بقي محبوسا به كذا هذا ولان صفقة الرهن واحدة فاسترداد شيء من المرهون بقضاء بعض الدين يتضمن تفريق الصفقة من غير

رضا المرتهن وهذا لا يجوز وسواء كان المرهون شيأ واحداً أو أشياء ليس للراهن أن يسترد شيأ من ذلك بقضاء بعض الدين لما قلنا وسواء سمى لكل واحد منهما شيأ من المال الذى رهن به أو لم يسم فى رواية الاصل وذكر فى الزيادات فيمن رهن مائة شاة بألف درهم على أن كل شاة منها بعشرة دراهم فأدى عشرة دراهم كان له أن يقبض شاة ذكر الحاكم الشهيد ان ماذكر فى الاصل قول أبى يوسف وماذكر فى الزيادات قول محمد وذكر الجصاص ان فى المسألة روايتين عن محمد (وجه) رواية الزيادات أنه لما سمى لكل واحد منهما دينا متفرقا أوجب ذلك تفريق الصفقة فصار كأنه رهن كل واحدة منهما بعقد على حدة (وجه) رواية الاصل أن الصفقه واحدة حقيقة لأنها أضيفت الى الكل اضافة واحدة الا انه تفرقت التسميه وتفريق التسمية لا يوجب تفريق الصفقة كما فى البيع اذا اشتملت الصفقة على أشياء كان للبائع حق حبس كلها الى أن يستوفى جميع الثمن وان سمى لكل واحد منهما ثمنا على حدة كذا هذا (وأما) الحكم الثانى وهو اختصاص المرتهن ببيع المرهون له واختصاصه بثمنه فنقول وبالله التوفيق اذا بيع الرهن فى حال حياة الراهن وعليه ديون أخر فالمرتهن أحق بثمنه من بين سائر الغرماء لان بعقد الرهن ثبت له الاختصاص بالمرهون فيثبت له الاختصاص ببدله وهو الثمن ثم ان كان الدين حالا والثمن من جنسه فقد استوفاه ان كان فى الثمن وفاء بالدين وان كان فيه فضل رده على الراهن وان كان أنقص من الدين يرجع المرتهن بفضل الدين على الراهن وان كان الدين مؤجلا حبس الثمن الى وقت حلول الاجل لانه بدل المرهون فيكون مرهونا فاذا حل الاجل فان كان الثمن من جنس الدين صار مستوفيا دينه وان كان من خلاف جنسه يحبسه الى أن يستوفى دينه كله وكذلك اذا بيع الرهن بعد وفاة الراهن وعليه ديون ولم يخلف مالا آخر سوى الرهن كان المرتهن أحق بثمنه من بين سائر الغرماء لما ذكرنا فان فضل منه شئ يضم الفضل الى مال الراهن ويقسم بين الغرماء بالحصص لان قدر الفضل لم يتعلق به حق المرتهن وان نقص عن الدين يرجع المرتهن بما بقى من دينه فى مال الراهن وكان بينه وبين الغرماء بالحصص لان قدر الفضل من الدين دين لا رهن به فيستوى فيه الغرماء وكذلك لو كان على الراهن دين آخر كان المرتهن فيه اسوة الغرماء وليس له أن يستوفيه من ثمن الرهن لان ذلك الدين لا رهن به فيتضارب فيه الغرماء كلهم (وأما) الحكم الثالث وهو وجوب تسليم المرهون عند الافتكاك فيتعلق به معرفة وقت وجوب التسليم فنقول وقت وجوب التسليم ما بعد قضاء الدين يقضى الدين أولا ثم يسلم الرهن لان الرهن وثيقة وفى تقديم تسليمه ابطال الوثيقة ولانه لو سلم الرهن أولا فمن الجائز أن يموت الراهن قبل قضاء الدين فيصير المرتهن كواحد من الغرماء فيبطل حقه فلزم تقديم قضاء الدين على تسليم الرهن الا ان المرتهن اذا طلب الدين يؤمر باحضار الرهن أولا ويقال له أحضر الرهن اذا كان قادراً على الاحضار من غير ضرر زائد ثم يخاطب الراهن بقضاء الدين لانه لو خوطب بقضائه من غير احضار الرهن ومن الجائز ان الرهن قد هلك وصار المرتهن مستوفيا دينه من الرهن فيؤدى الى الاستيفاء مرتين وكذلك المشترى يؤمر بتسليم الثمن أولا اذا كان دينا ثم يؤمر البائع بتسليم المبيع لما ذكرنا فى كتاب البيوع الا ان البائع اذا طالبه بتسليم الثمن يقال له احضر المبيع لجواز ان المبيع قد هلك وسواء كان عين الرهن قائما فى يد المرتهن أو كان فى يده بدله بعد ان كان البدل من خلاف جنس الدين نحو ما اذا كان المرتهن مسلطا على بيع الرهن فباعه بخلاف جنس الدين أو قتل الرهن خطأ وقضى بالدية من خلاف جنس الدين فطالبه المرتهن بدينه كان للراهن ان لا يدفع حتى يحضره المرتهن لان البدل قائم مقام المبدل فكان المبدل قائم ولو كان قائما كان له ان يمنع ما لم يحضره المرتهن فكذلك اذا اقام البدل مقامه ولو كان الرهن على يدى عدل وجعلا للعدل ان يضعه عند من أحب وقد وضعه عند رجل فطلب المرتهن دينه يجبر الراهن على قضاء الدين ولا يكلف المرتهن باحضار الرهن لان قضاء الدين واجب على الراهن على سبيل التضييق الا انه رخص له التأخير الى غاية احضار الدين عند القدرة على الاحضار وهنا لا قدرة للمرتهن على احضاره لان للعدل ان يمنعه عنه ولو أخذ من يده جبراً كان غاصبا

والى هذا المعنى أشار محمد فى الكتاب فقال كيف يؤمر باحضار شئ لو أخذه كان غاصبا واذا سقط التكليف بالاحضار زالت الرخصة فيخاطب بقضاء الدين وكذلك اذا وضعا الرهن على يد عدل فغاب العدل بالرهن ولا يدرى أين هو لا يكلف المرتهن باحضار الرهن و يجبر الراهن على قضاء الدين لما ذكرنا ولو كان الرهن فى يد المرتهن فالتقيا فى بلد آخر فطالب المرتهن الراهن بقضاء دينه فان كان الدين مما له حمل ومؤنة يجبر الراهن على قضاء الدين ولا يجبر المرتهن على احضار الرهن لما ذكرنا ان قضاء الدين واجب عليه على سبيل التضييق والتأخير الى وقت الاحضار للضرورة التى ذكرناها عند القدرة على الاحضار من غير ضرر زائد والمرتهن هنا لا يقدر على الاحضار الا بالمسافرة بالرهن أو بنقله من مكان العقد وفيه ضرر بالمرتهن فسقط التكليف بالاحضار ولو ادعى الراهن هلاك الرهن فقال المرتهن لم يهلك فالقول قول المرتهن مع يمينه لان الرهن كان قائما والاصل فى الثابت بقاؤه فالمرتهن يستصحب حالة القيام والراهن يدعى زوال تلك الحالة والقول قول من يدعى الاصل لان الظاهر شاهد له ولان الراهن بدعوى الهلاك يدعى على المرتهن استيفاء الدين وهو منكر فكان القول قوله مع يمينه و يحلف على البتات لانه يحلف على فعل نفسه وهو القبض السابق لان المرتهن لا يصير مستوفيا بالهلاك لانه لا صنع له فيه بل بالقبض السابق وذلك فعله بخلاف ما اذا كان الرهن عند عدل فغاب بالرهن فاختلف الراهن والمرتهن فى هلاك الرهن ان هناك يحلف المرتهن على العلم لا على البتات لان ذلك تحليف على فعل غيره وهو قبض العدل فتعذر التحليف على البتات فيحلف على العلم كما لو ادعى الراهن انه أوفى الدين وكيل المرتهن والمرتهن ينكر انه يحلف على العلم لما ذكرنا كذا هذا وان كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة فالقياس انه يجبر على قضاء الدين وفى الاستحسان لا يجبر ما لم يحضر المرتهن الرهن لانه ليس فى احضاره ضرر زائد وعلى هذا الاصل مسائل فى الزيادات ولو اشترى شيأ ولم يقبضه ولم يسلم الثمن حتى لقيه البائع فى غير مصره الذى وقع البيع فيه فطالبه بالثمن وأبى المشترى حتى يحضر المبيع لا يجبر المشترى على تسليم الثمن حتى يحضر البائع المبيع سواء كان له حمل ومؤنة أو لم يكن فرق بين البيع والرهن و وجه الفرق ان البيع معاوضة مطلقة والمساواة فى المعاوضات المطلقة مطلوبة عادة وشريعة ولا تتحقق المساواة من غير احضار المبيع بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة مطلقة وان كان فيه معنى المعاوضة فلا يلزم اعتبار المساواة بين المرهون والمرهون به وهو الدين فى هذا الحكم

﴿ فصل ﴾ وأما الذى يتعلق بحال هلاك المرهون فالمرهون اذا هلك لا يخلو اما ان يهلك بنفسه واما أن يهلك بالاستهلاك فان هلك بنفسه يهلك مضمونا بالدين عندنا والكلام فى هذا الحكم فى ثلاثة مواضع أحدها فى بيان أصل الضمان أنه ثابت أم لا والثانى فى بيان شرائط الضمان والثالث فى بيان قدر الضمان وكيفيته أما الاول فقد اختلف فيه قال أصحابنا رضى الله عنهم ان المرهون يهلك مضمونا بالدين وقال الشافعى رحمه الله يهلك أمانة احتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يغلق الرهن لا يغلق الرهن لا يغلق الرهن هو لصاحبه الذى رهنه له غنمه وعليه غرمه فقد جعل النبى عليه الصلاة والسلام غرم الرهن على الراهن وانما يكون غرمه عليه اذا هلك أمانة لان عليه قضاء دين المرتهن فاما اذا هلك مضمونا كان غرمه على المرتهن حيث سقط حقه لا على الراهن وهذا خلاف النص ولان عقد الرهن شرع وثيقة بالدين ولو سقط الدين بهلاك المرهون لكان توهينا لا توثيقا لانه يقع تعريض الحق للتلف على تقدير هلاك الرهن فكان توهينا للحق لا توثيقا له (ولنا) ماروى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال الرهن بما فيه وفى رواية الرهان بما فيها وهذا نص فى الباب لا يحتمل التأويل وروى أن رجلا رهن بدين عند رجل فرسا يحق له عليه فنفق الفرس عنده فطالبه المرتهن بحقه فاختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه الصلاة والسلام ذهب حقك ولان المرتهن جعل مستوفيا للدين عند هلاك الرهن فلا يملك الاستيفاء ثانيا كما اذا استوفى بالفكاك وتقرير معنى الاستيفاء فى الرهن ذكرناه فى مسائل الخلاف وأما الحديث

فيحتمل

فيحتمل أن يكون معنى قوله عليه الصلاة والسلام لا يغلق الرهن أي لا يهلك اذ الغلق يستعمل في الهلاك كذا قال بعض أهل اللغة وعلى هذا كان الحديث حجة عليه لانه يذهب بالدين فلا يكون هالكا معنى وقيل معناه أي لا يستحقه المرتهن ولا يملكه عند امتناع الراهن عن قضاء الدين وهذا كان حكما جاهليا جاء الاسلام فابطله وقوله عليه الصلاة والسلام عليه غرمه أي نفقته وكفنه ونحن به نقول أنه وثيقة قلنا معنى التوثيق في الرهن هو التوصل اليه في أقرب الاوقات لانه كان للمرتهن ولاية مطالبة الراهن بقضاء الدين من مطلق ماله و بعد الرهن حدثت له ولاية المطالبة بالقضاء من ماله المعين وهو الرهن بواسطة البيع فازداد طريق الوصول الى حقه فحصل معنى التوثيق

﴿ فصل ﴾ (وأما) شرائط كونه مضمونا عند الهلاك فأنواع منها قيام الدين حتى لو سقط الدين من غير عوض ثم هلك الرهن في يد المرتهن هلك أمانة وعلى هذا يخرج ما اذا ابرأ المرتهن الراهن عن الدين ثم هلك الرهن في يد المرتهن أنه يهلك بغير شيء ولا ضمان على المرتهن فيه اذا لم يوجد منه منع الرهن من الراهن عند طلبه استحسانا والقياس أن يضمن وهو قول زفر ولو استوفى دينه ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين وعليه بدل ما استوفى وزفر سوى بين الابراء والاستيفاء ونحن نفرق بينهما (وجه) القياس أن قبض الرهن قبض استيفاء و يتقرر ذلك الاستيفاء عند الهلاك فيصير كانه استوفى الدين ثم أبرأ عنه ثم هلك الرهن ولو كان كذلك يضمن كذا هذا ولان المرهون لما صار مضمونا بالقبض يبقى الضمان ما بقي القبض وقد بقي لانعدام ما ينقضه وجه الاستحسان أن كون المرهون مضمونا بالدين يستدعي قيام الدين لان الضمان هو ضمان الدين وقد سقط بالابراء فاستحال أن يبقى مضمونا به وقد خرج الجواب عن قوله ان الاستيفاء يتقرر عند الهلاك لانا نقول نعم اذا كان الدين قائما فاذا سقط بالابراء لا يتصور الاستيفاء وهذا بخلاف ما اذا استوفى الدين ثم هلك الرهن في يد المرتهن لان قبض الرهن قائم والضمان متعلق به فيبقى ما بقي القبض ما لم يوجد المسقط والاستيفاء لا يسقط الضمان بل يقرره لان المستوفى يصير مضمونا على المرتهن بخلاف الابراء لانه مسقط لان الابراء اسقاط فلا يبقى الضمان فهو الفرق هذا اذا لم يوجد من المرتهن منع الرهن من الراهن بعد طلبه فان وجد ثم هلك الرهن في يده ضمن كل قيمته لانه صار غاصبا بالمنع والمغصوب مضمون بكل القيمة وعلى هذا يخرج ما اذا أخذت المرأة بصداقها رهنا ثم طلقها الزوج قبل الدخول ثم هلك الرهن في يدها أنه لا ضمان عليها في نصف الصداق الذي سقط بالطلاق لانها لم تصر مستوفية لذلك النصف عند هلاك الرهن لسقوطه بالطلاق فلم يبق القبض مضمونا وكذلك لو أخذت بالصداق رهنا ثم ارتدت قبل الدخول بها حتى سقط الصداق ثم هلك الرهن في يدها لا ضمان عليها لان الصداق لما سقط بالردة لم يبق القبض مضمونا فصار كما لو أبرأته عن الصداق ثم هلك الرهن في يدها ولو لم يكن المهر مسمى حتى وجب مهر المثل فأخذت بمهر المثل رهنا ثم طلقها قبل الدخول بها حتى وجبت عليه المتعة لم يكن له أن يحبس الرهن بالمتعة ولو هلك في يدها ولم يوجد منها منع يهلك بغير شيء والمتعة باقية على الزوج وهذا قول أبي يوسف وقال محمد لها حق الحبس بالمتعة ولقب المسئلة أن الرهن بمهر المثل هل يكون رهنا بالمتعة عند أبي يوسف لا يكون وعند محمد يكون ولم يذكر قول أبي حنيفة في الاصل وذكر الكرخي رحمه الله قوله مع قول أبي يوسف وجه قول محمد أن الرهن بالشيء رهن ببدله في الشرع لان بدل الشيء يقوم مقامه كانه هو ولهذا كان الرهن بالمغصوب رهنا بقيمته عند هلاكه والرهن بالمسلم فيه رهنا برأس المال عند الاقالة والمتعة بدل عن نصف المهر لانه يجب بالسبب الذي يجب به مهر المثل وهو النكاح عند عدمه وهذا حد البدل في أصل الشيوع ولابي يوسف أن المتعة وجبت أصلا بنفسها لا بدلا عن مهر المثل والسبب انعقد لوجوبها ابتداء كما أن العقد لوجوب مهر المثل بالطلاق زال في حق أحد الحكمين وبقي في حق الحكم الآخر الا أنه لا يعمل فيه الا بعد الطلاق فكان الطلاق شرط عمل السبب وهذا لا يدل على كونها بدلا كما في سائر الاسباب المعلقة بالشروط ولو أسلم في طعام وأخذ به رهنا ثم تفاسخا العقد كان له أن يحبس الرهن برأس المال لان رأس المال بدل عن المسلم فيه فان هلك الرهن في يده يهلك بالطعام لان

القبض حين وجوده وقع مضمونا بالطعام و بالاقالة لم يسقط الضمان أصلا لان بدله قائم وهو رأس المال فيبقى القبض مضمونا على ما كان بخلاف ما اذا أبرأه عن الدين ثم هلك الرهن في يد المرتهن أنه يهلك بغير شئ لان الضمان هناك سقط أصلا ورأسا لخروج القبض من أن يكون مضمونا ولو اشترى عبدا أو تقابضا ثم تفاسخا كان للمشترى أن يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن لان المشترى بعد التفاسخ ينزل منزلة البائع وللبائع حق حبس المبيع حتى يستوفى الثمن فكذا المشترى وكذلك لو أن البائع سلم المبيع وأخذ بالثمن رهنا من المشترى ثم تقايلا كان للبائع أن يحبس الرهن حتى يقبض المبيع كما في السلم ومنها أن يكون هلاك المرهون في قبض الرهن فان لم يكن لا يكون مضمونا بالدين وان بقى عقد الرهن لان المرهون إنما صار مضمونا بالقبض فاذا خرج عن قبض الرهن لم يبق مضمونا وعلى هذا يخرج ما إذا غصب الرهن غاصب فهلك في يده أنه لا يسقط شئ من الدين لان قبض الغصب أبطل قبض الرهن وإن لم يبطل عقد الرهن حتى كان للمرتهن أن ينقض قبض الغاصب فيرده الى الرهن وعلى هذا يخرج ما إذا استعار المرتهن الرهن من الراهن لينتفع به فهلك أنه إن هلك قبل أن يأخذ في الانتفاع أو بعد ما فرغ عنه يهلك بالدين وان هلك في حال الانتفاع يهلك أمانة لان المرهون قبل ان يأخذ في الانتفاع على حكم قبض الرهن لانعدام ما ينقضه وهو قبض الانتفاع وإذا أخذ في الانتفاع فقد نقضه لوجود قبض الاعارة وقبض الاعارة ينافي قبض الرهن لانه قبض أمانة وقبض الرهن قبض ضمان فاذا جاء أحدهما انتفى الآخر ثم اذا فرغ من الانتفاع فقد انتهى قبض الاعارة فعاد قبض الرهن وكذلك اذا أذن الراهن للمرتهن في الانتفاع بالمرهون فهو على التفصيل ولو استعاره الراهن من المرتهن لينتفع به فقبضه خرج عن ضمان الرهن حتى لو هلك في يده يهلك أمانة والدين على حاله لان قبضه قبض العارية وأنه قبض أمانة فينافي قبض الضمان وكذلك لو أذن المرتهن للراهن بالانتفاع بالرهن وكذلك لو أعاره الراهن من أجنبي باذن المرتهن أو اعاره المرتهن باذن الراهن من أجنبي وسلمه الى المستعير فالمرهون في هذه الوجوه كلها يخرج عن ضمان الرهن ولا يخرج عن عقد الرهن والخروج عن الضمان لا يوجب الخروج عن العقد كزوائد الرهن ولو كان المرهون جارية فاستعارها الراهن فولدت في يده ولدا فالولد رهن لان الاصل مرهون لقيام عقد الرهن حتى لو هلكت الجارية قبل أن يقبض المرتهن الولد فالدين قائم والولد رهن بجميع المال لان الضمان وان فات فالعقد قائم وفوات الضمان لا يوجب بطلان العقد على ما مر واذا بقى العقد في الام صار الولد مرهونا تبعا للام فكان له أن يحبسه بجميع المال وكذا لو ولدت هذه الابنة ولدا فانهما رهن بجميع المال وان ماتا لم يسقط شئ من الدين لان الولد ليس بمضمون ألا ترى أن الام لو كانت قائمة فهلك الولد لا يسقط شئ من الدين فكذا اذا كانت هالكة ولا يفتك الراهن واحدا منهما حتى يؤدي المال كله لانهما دخلا جميعا في العقد فلا يملك الراهن التفريق ولو مات الراهن والرهن قائم في يده قبل أن يرده الى المرتهن فالمرتهن أحق به من سائر الغرماء لقيام عقد الرهن وان بطل الضمان كما في ولد الرهن أن المرتهن أحق به وان لم يكن فيه ضمان ولو أعار الراهن الرهن من المرتهن أو أذن له بالانتفاع به فجاء يفتك الرهن وهو ثوب وبه خرق فاختلفا فقال الراهن حدث هذا في يدك قبل اللبس أو بعد ما لبسته ورددته الى الرهن وقال المرتهن لا بل حدث هذا في حال اللبس فالقول قول المرتهن لانهما لما اتفقا على اللبس فقد اتفقا على خروجه من الضمان فالراهن يدعى عوده الى الضمان والمرتهن ينكر فكان القول قوله هذا اذا اتفقا على اللبس واختلفا في وقته فأما اذا اختلفا في أصل اللبس فقال الراهن لم ألبسه ولكنه تخرق وقال المرتهن لبسته فتخرق فالقول قول الراهن لانهما اتفقا على دخوله في الضمان فالمرتهن بدعواه اللبس يدعى الخروج من الضمان والراهن ينكر فكان القول قوله وان أقام الراهن البينة انه تخرق في ضمان المرتهن وأقام المرتهن البينة انه تخرق بعد خروجه من الضمان فالبينة بينة الراهن لان بينته مثبتة لانها تثبت الاستيفاء و بينة المرتهن تنفي الاستيفاء فالمثبتة أولى (ومنها) أن يكون المرهون مقصودا فلا تكون الزيادة المتولدة من الرهن أو ما هو في حكم المتولد كالولد والثمر واللبن والصوف والعقر ونحوها مضمونا الا الارش خاصة حتى

لوهلك شيء من ذلك لا يسقط شيء من الدين الا الارش فانه اذا هلك تسقط حصته من الدين وانما كان كذلك لان الولد ليس بمرهون مقصودا بل تبعا للاصل كولد المبيع على أصل أصحابنا انه مبيع تبعا لا مقصودا والمرهون تبعا لا حصة له من الضمان الا اذا صار مقصودا بالفكاك كما أن المبيع تبعا لا حصة له من الثمن الا اذا صار مقصودا بالقبض بخلاف الارش لانه بدل المرهون لان كل جزء من أجزاء الرهن مرهون وبدل الشيء قائم مقامه كأنه هو فكان حكمه حكم الاصل والاصل مضمون فكذا بدله بخلاف الولد ونحوه وبخلاف الزيادة على الرهن انها مضمونة لانها مرهونة مقصودا لا تبعا لان الزيادة اذا صحت التحقت بأصل العقد كان العقد ورد على الزيادة والمزيد عليه على ما نذكر في موضعه ان شاء الله تعالى ولو هلك الاصل بقيت الزيادة يقسم الدين على الاصل والزيادة على قدر قيمتهما وتعتبر قيمة الاصل وقت القبض وان شئت قلت وقت العقد وهو اختلاف عبارة والمعنى واحد لان الايجاب والقبول لا يصير عقدا شرعا الا عند القبض وتعتبر قيمة الزيادة وقت الفكاك لان الاصل انما صار مضمونا بالقبض فتعتبر قيمة يوم القبض والزيادة انما يصير لها حصة من الضمان بالفكاك فتعتبر قيمتها حينئذ الا أن هذه القسمة للحال ليست قسمة حقيقية بل من حيث الظاهر حتى تتغير بتغير قيمة الزيادة الى الزيادة والنقصان من حيث السعر والبدن والقسمة الحقيقية وقت الفكاك ولا تتغير القسمة بتغير قيمة الاصل بالزيادة والنقصان في السعر أو في البدن لان الاصل دخل في الضمان بالقبض والقبض لم يتغير فلا يتغير الضمان والولد انما يأخذ قسطا من الضمان بالفكاك فتعتبر قيمته يوم الفكاك وشرح هذه الجملة اذا رهن جارية قيمتها الف بألف فولدت ولدا يساوي الفا فان الدين يقسم على قيمة الام والولد نصفين فيكون في كل واحد منهما خمسمائة حتى لو هلكت الام سقط نصف الدين وبقي الولد رهنا بالنصف الباقي يفتكه الراهن به ان بقي الى وقت الافتكاك وان هلك قبل ذلك هلك بغير شيء وجعل كأن لم يكن وعادت حصته من الدين الى الام وتبين ان الام هلكت بجميع الدين وان لم يهلك لكن تغيرت قيمته الى الزيادة فصار يساوي الفين بطلت قسمة الانصاف وصارت القسمة أثلاثا ثلثا الدين في الولد والثلث في الام وتبين ان الام هلكت بثلث الدين وبقي الولد رهنا بالثلثين فان ازدادت قيمته وصار يساوي ثلاثة آلاف بطلت قسمة الاثلاث وصارت القسمة أرباعا ثلاثة أرباع الدين في الولد وربع في الام وتبين ان الام هلكت بربع الدين وبقي الولد رهنا بثلاثة أرباعه ولو تغيرت قيمته الى النقصان فصار يساوي خمسمائة بطلت قسمة الارباع وصارت القسمة أثلاثا ثلثا الدين في الام والثلث في الولد وتبين ان الام هلكت بثلثي الدين وبقي الولد رهنا بالثلث هكذا على هذا الاعتبار وسواء كان الولد واحدا أو أكثر ولدوا معا أو متفرقا يقسم الدين على الام وعلى الاولاد على قدر قيمتهم لكن تعتبر قيمة الام يوم العقد وقيمة الاولاد يوم الفكاك لما ذكرنا وولد الولد في القسمة حكمه حكم الولد حتى لو ولدت الجارية بنتا وولدت بنتها ولدا فهما بمنزلة الولدين حتى يقسم الدين على الجارية وعليهما على قدر قيمتهم ولا يقسم على الجارية وعلى الولد الاصلي ثم يقسم باقيه عليه وعلى ولده لان ولد الرهن ليس بمضمون حتى يتبعه ولده فكأنهما في الحكم ولدان ولو ولدت الجارية ولدا ثم نقصت قيمة الام في السعر أو في البدن فصارت تساوي خمسمائة أو زادت قيمتها فصارت تساوي ألفين والولد على حاله يساوي ألفا فالدين بينهما نصفان لا يتغير عما كان وان كانت الام على حالها وانتقصت قيمة الولد بعيب دخله أو لسعر فصار يساوي خمسمائة صار الدين فيهما أثلاثا الثلثان في الام والثلث في الولد ولو زادت قيمة الولد فصار يساوي الفين فثلثا الدين في الولد والثلث في الام حتى لو هلكت الام يبقى الولد رهنا بالثلثين لما ذكرنا ان الاصل انما دخل تحت الضمان بالقبض والقبض لم يتغير فلا تتغير القسمة والولد انما يصير له حصة من الضمان بالفكاك فتعتبر قيمته يوم الفكاك ولو اعورت الام بعد الولادة أو كانت اعورت قبلها ذهب من الدين بعورها ربعه وذلك مائتان وخمسون وبقي الولد رهنا بثلاثة أرباع الدين وذلك سبعمائة وخمسون وهذا الجواب فيما اذا ولدت ثم اعورت ظاهر لان الدين قبل الاعورار كان فيهما نصفين في كل واحد منهما خمسمائة فاذا اعورت والعين من

الآدمي نصفه فذهب قدر ما فيهما من الدين وهو نصف نصف الدين وهو ربع الكل وبقي الولد رهنا ببقية الدين وهو ثلاثة الارباع (فأما) إذا اعورت ثم ولدت ففيه اشكال من حيث الظاهر وهو ان قبل الاعورار كان كل الدين فيها وبالاعورار ذهب النصف وبقي النصف فاذا ولدت ولدا فينبغي أن يقسم النصف الباقي من الدين على الجارية العوراء وعلى ولدها أثلاثا الثلثان على الولد والثلث على الام (والجواب) ان ذهاب نصف الدين بالاعورار لم يكن حتما بل على التوقف على تقدير عدم الولادة فاذا ولدت تبين انه لم يكن ذهب بالاعورار إلا ربع الدين لان الزيادة تجعل كأنها موجودة لدى العقد فصار كانها ولدت ثم اعورت ولو هلك الولد وقد اعورت الام قبل الولادة أو بعدها ذهب نصف الدين بالاعورار لان الولد لما هلك التحق بالعدم وجعل كأن لم يكن وعادت حصته الى الام وتبين ان الام كانت رهنا بجميع الدين فاذا اعورت ذهب بالاعورار نصفه وبقي النصف الآخر ولو لم يهلك ولكنه اعور لم يسقط باعوراره شيء من الدين لانه لو هلك لا يسقط فاذا اعور أولى لكن تلك القسمة التي كانت من حيث الظاهر تتغير لانها تحتمل التغيير بتغير قيمة الولد الى الزيادة والنقصان لما ذكرنا فيما تقدم وعلى هذا تخرج الزيادة في الرهن انها مضمونة على أصل أصحابنا الثلاثة بأن رهن جارية ثم زاد عبدا ألا ان هذه زيادة مقصودة لورود فعل الرهن عليها مقصودا فكانت مرهونة أصلا لا تبعا فكانت مضمونة ويقسم الدين على المزيد عليه والزيادة وجملة الكلام في كيفية الانقسام ان الراهن لا يخلو (اما) ان زاد في الرهن وليس في الرهن نماء (واما) ان كان فيه نماء فان لم يكن فيه نماء يقسم الدين على المزيد عليه والزيادة على قدر قيمتها حتى لو كانت قيمة الجارية الفا وقيمة العبد الف والدين الف كان الدين فيهما نصفين في كل واحد منهما خمسمائة ولو كانت قيمة العبد الزيادة خمسمائة كان الدين فيهما أثلاثا الثلثان في العبد والثلث في الجارية وأيهما هلك يهلك بحصته من الدين لان كل واحد منهما مرهون مقصودا لا تبعا الا أنه تعتبر قيمة المزيد عليه يوم العقد وهو يوم قبضه وقيمة الزيادة يوم الزيادة وهو يوم قبضها ولا يعتبر تغير قيمتها بعد ذلك لان الزيادة والنقصان كل واحد منهما انما دخل في الضمان بالقبض فتعتبر قيمته يوم القبض والقبض لم يتغير بتغير القيمة فلا تتغير القسمة بخلاف زيادة الرهن وهي نماؤه ان القسمة تتغير بتغير قيمتها لانها مرهونة تبعا لا أصلا والمرهون تبعا لا يأخذ حصة من الضمان الا بالفكاك فتعتبر قيمتها يوم الفكاك فكانت القسمة قبله محتملة للتغير ولو نقص الرهن الاصلي في يده حتى ذهب قدره من الدين ثم زاده الراهن بعد ذلك رهنا آخر يقسم ما بقي من الدين على قيمة الباقي وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت نحو ما اذا رهن جارية قيمتها الف بألف فاعورت حتى ذهب نصف الدين وبقي النصف ثم زاد الراهن عبدا قيمته الف يقسم النصف الباقي على قيمة الجارية عوراء وعلى قيمة العبد الزيادة أثلاثا فيكون ثلثا هذا النصف وذلك ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث في العبد الزيادة والثلث وذلك مائة وستة وستون وثلثان في الجارية فرق بين الزيادة في الرهن وزيادة الرهن وهي نماؤه بأن اعورت الجارية ثم ولدت ولدا قيمته ألف أن الدين يقسم على قيمة الجارية يوم القبض صحيحة وعلى قيمة الولد يوم الفكاك نصفين فيكون في كل واحد منهما خمسمائة ثم ما أصاب الام وهو النصف ذهب بالاعورار نصفه وهو مائتان وخمسون وبقي ثلاثة أرباع الدين وذلك سبعمائة وخمسون في الام والولد ثلثا ذلك خمسمائة في الولد وثلث ذلك مائتان وخمسون في الام وفي الزيادة على الرهن يبقى الاصل والزيادة بنصف الدين (ووجه) الفرق بين الزيادتين أن حكم الرهن في هذه الزيادة وهي الزيادة على الرهن ثبت بطريق الاصالة لا بطريق التبعية لكونها زيادة مقصودة لورود فعل العقد عليها مقصودا فيعتبر في القسمة ما بقي من الدين وقت الزيادة ولم يبق وقت الزيادة الا النصف فيقسم ذلك النصف عليهما على قدر قيمتهما بخلاف زيادة الرهن لانها ليست بمرهونة مقصودا لانعدام وجود الرهن فيها مقصودا بل تبعا للاصل لكونها متولدة منه فيثبت حكم الرهن فيها تبعا للاصل كأنها متصلة به فتصير كأنها موجودة عند العقد فكان الثابت في الولد غير ما كان ثابتا في الام فيعتبر في القسمة قيمة الام يوم القبض وكذلك لو قضى الراهن للمرتهن من الدين خمسمائة ثم زاده في الرهن

عبد اقيمته ألف أن هذه الزيادة تلحق الخمسمائة الباقية فيقسم على نصفه قيمة الجارية وهي خمسمائة وعلى قيمة العبد الزيادة و بقي ألف أثلاثا ثلثاها في العبد وثلثها في الجارية حتى لو هلك العبد هلك بثلثي الخمسمائة وذلك ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث ولو هلكت الجارية هلكت بالثلث وذلك مائة وستة وستون وثلثان لان الزيادة زيادة على المرهون والمرهون محبوس بالدين والمحبوس بالدين هو نصف الجارية لا كلها ولم يبق نصف الدين لصيرورته مقضيا فالزيادة تدخل في الباقي وينقسم الباقي على قيمة نصف الجارية وعلى قيمة الزيادة أثلاثا ولو قضى خمسمائة ثم اعورت الجارية قبل أن يزيد الرهن ثم زاد عبدا قيمته الف درهم قسم مائتان وخمسون على نصف نصف الجارية العوراء وعلى الزيادة على خمسة أسهم أربعة من ذلك في الزيادة وسهم في الجارية العوراء لانه لما قضى الراهن خمسمائة فرغ نصف الجارية شائعا من الدين و بقي النصف الباقي في نصفها شائعا وذلك خمسمائة فاذا اعورت فقد ذهب نصف ذلك النصف بما فيه من الدين وذلك مائتان وخمسون و بقي مائتان وخمسون من الدين فيما لم يذهب من نصف الجارية فاذا هذه الزيادة تلحق هذا القدر فيقسم هذا القدر في الاصل والزيادة أخماسا أربعة أخماسه وذلك مائتان في الزيادة وخمسه وذلك خمسون في الاصل هذا اذا زاد وليس في الرهن نماء فأما اذا زاد وفيه نماء بأن رهن جارية قيمتها ألف بألف فولدت ولدا يساوي ألفا ثم زاده عبدا قيمته ألف فالراهن لا يخلو اما ان زادوا لام قائمة واما ان زاد بعدما هلكت الام فان كانت قائمة فزاد لا يخلو اما ان جعله زيادة على الولد أو على الام أو عليهما جميعا أو أطلق الزيادة ولم يسم المزيد عليه انه الام أو الولد فان جعله زيادة على الولد فهو رهن مع الولد خاصة ولا يدخل في حصة الام لان الاصل وقوع تصرف العاقل على الوجه الذي أوقعه وقد جعله زيادة على الولد فيكون زيادة معه فيقسم الدين أولا على الام والولد على قدر قيمتهما تعتبر قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد يوم الفكاك ثم ما أصاب الولد يقسم عليه وعلى العبد الزيادة على قدر قيمتهما وتعتبر قيمة الولد يوم الفكاك لما بينا فيما تقدم وقيمة الزيادة وقت الزيادة وهي وقت قبضها لانها انما جعلت في الضمان بالقبض فتعتبر قيمتها يوم القبض ولو هلك الولد بعد الزيادة بطلت الزيادة لانه اذا هلك جعل كأن لم يكن أصلا ورأسا فلم تتحقق الزيادة عليه لان الزيادة لا بد لها من مزيد عليه فتبين ان الزيادة لم تقع رهنا وان جعله زيادة على الام فهو على ما جعل لما ذكرنا ان الاصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي باشره ولانه لو أطلق الزيادة لوقعت على الام فعند التقييد والتنصيص أولى واذا وقعت زيادة على الام جعل كأنها كانت موجودة وقت العقد فيقسم الدين عليهما على قدر قيمتهما تعتبر قيمة الاصل يوم العقد وقيمة الزيادة يوم القبض ثم ما أصاب الام يقسم عليها وعلى ولدها على اعتبار قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد يوم الفكاك ولو مات الولد أو زادت قيمته أو ولدت ولدا فالحكم في حق العبد للزيادة لا تتغير و يقسم الدين أولا على الجارية والعبد نصفين ثم ما أصاب الام يقسم عليها وعلى ولدها فتعتبر زيادة الولد في حق الام ولا تعتبر في حق العبد سواء زاد بعد حدوث الولد أو قبله لان الولد في حق الزيادة وجوده وعدمه بمنزلة واحدة ولو هلكت الام بعد الزيادة ذهب ما كان فيها من الدين و بقي الولد والزيادة بما فيهما بخلاف ما اذا هلك الولد انه تبطل الزيادة لان بهلاك الام لا يتبين ان العقد لم يكن بل يتناهى و يتقرر حكمه فهلاكه لا يوجب بطلان الزيادة بخلاف الولد لانه اذا هلك التحق بالعدم من الاصل وجعل كأن لم يكن فتبين أن الزيادة لم تصح رهنا ولو هلك الولد بعد الزيادة ذهب بغير شيء لان الولد غير مضمون بالهلاك فاذا هلك جعل كأن لم يكن وجعل كأن الزيادة حدثت ولا بد للجارية كذلك وان جعله زيادة على الام والولد جميعا فالعبد زيادة على الام خاصة ولا عبرة للولد في حق الزيادة ولا يدخل في حصتها وانما يعتبر في حق الام ويدخل في حصة الام والولد في حق الزيادة حال وجود الام كالعدم فلا تصلح الزيادة عليه في حال قيام الام فيقسم الدين على الاصل والعبد الزيادة باعتبار قيمتهما قيمة الاصل يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الزيادة ثم يقسم ما أصاب الام قسمة أخرى بينها و بين ولدها على اعتبار قيمتهما يوم العقد و يوم الفكاك كذلك وان أطلق الزيادة ولم يسم الام

ولا الولد فالزيادة رهن مع الام خاصة لان الزيادة لابد لها من مزيد عليه وكل واحد منهما على الانفراد يصلح مزيدا عليه الا أن الام أصل فى الرهن والولد تابع فعند الاطلاق جعلها زيادة على الاصل أولى واذا صارت الزيادة رهنا مع الام يقسم الدين قسمين على نحو ما بينا هذا اذا كانت الام قائمة وقت الزيادة (فأما) اذا هلكت الام ثم زاد والعبد زيادة على الولد فكانا جميعاً رهناً بخمسمائة يفتك الراهن كل واحد منهما بمائتين وخمسين لان الزيادة تستدعى مزيدا عليه والهالك خرج عن احتمان ذلك فتعين الولد مزيداً عليه وقد ذهب نصف الدين بهلاك الام و بقى النصف وذلك خمسمائة فينقسم ذلك على الزيادة والولد على قدر قيمتهما ولو هلك الولد أخذ الراهن العبد بغير شىء لانه لما هلك فقد التحق بالعدم وجعل كانه لم يكن وعادت حصته الى الام فتبين انها هلكت بجميع الدين فتبين ان الزيادة حصلت بعد سقوط الدين فلم تصح ولو هلك العبد الزيادة بعد هلاك الولد فى يد المرتهن هلك أمانة الا اذا منعه بعد الطلب لانه تبين أنه لم يكن رهنا فى الحقيقة لما بينا فصار كما اذا رهن بدين ثم تصادقا على أنه لا دين ثم هلك الرهن أنه يهلك أمانة لما قلنا كذا هذا الا اذا منع بعد الطلب لانه صار غاصباً بالمنع فيلزمه ضمان الغصب (وأما) بيان كيفية الضمان وقدره فالرهن لا يخلو اما أن يكون من جنس حق المرتهن أو من خلاف جنس حقه فان كان من خلاف جنس حقه فاما أن يكون شيأ واحدا واما أن يكون أشياء فان كان شيأ واحداً يهلك مضمونا بالاقل من قيمته ومن الدين وتفسيره اذا رهن عبداً قيمته الف بألف فهلك ذهب الدين كله وان كانت قيمة العبد الفين فهلك ذهب كل الدين أيضاً وفضل الرهن يهلك أمانة وان كانت قيمته خمسمائة ذهب من الدين خمسمائة و يرجع المرتهن على الراهن بفضل الدين وهذا قول عامة العلماء وجماعة من الصحابة رضى الله عنهم مثل سيدنا عمر وعبدالله بن مسعود وهو رواه عن سيدنا على رضى الله عنهم ومنهم من قال انه مضمون بقيمته بالغة ما بلغت أى على المرتهن فضل قيمة الرهن وهكذا روى عن ابن سيدنا عمر رضى الله عنهما ومنهم من قال انه مضمون بالدين بالغاً ما بلغ أى يذهب كل الدين قلت قيمة الدين أو كثرت وهو مذهب شريح وعن سيدنا على رضى الله عنه رواية أخرى أنه قال يترادان الفضل يعنى ان كانت قيمة الرهن أكثر فللراهن أن يرجع على المرتهن بفضل القيمة وان كانت قيمته أقل فللمرتهن أن يرجع على الراهن بفضل الدين واختلافهم على هذا الوجه حجة على الشافعى رحمه الله فى قوله ان المرهون أمانة لان اختلافهم فى كيفية الضمان وقدره اتفاق منهم على كونه مضمونا فانكار الضمان أصلا يرجع الى مخالفة الاجماع فكان باطلا ثم الرجحان فى كيفية الضمان لقول سيدنا عمر وابن مسعود رضى الله عنهما لان المرهون مضمون عندنا بطريق الاستيفاء لان قبض الرهن قبض استيفاء و يتقرر الاستيفاء عند الهلاك فيتقرر الضمان فيه بقدر الاستيفاء فان كانت قيمة الرهن مثل الدين أمكن تحقيق الاستيفاء لان استيفاء الدين مثله صورة ومعنى أو معنى لا صورة واذا كانت قيمته أكثر لا يتحقق الاستيفاء الا فى قدر الدين ولا يتحقق فى الزيادة لان استيفاء الاقل من الاكثر يكون ربا واذا كانت قيمته أقل لا يمكنه تحقيق الاستيفاء الا بقدر الدين لان استيفاء الاكثر من الاقل لا يتصور هذا اذا كان المرهون شيأ واحداً فاما اذا كان أشياء بأن رهن عبدين أو ثوبين أو دابتين أو نحو ذلك فلا يخلو (اما) ان أطلق الرهن ولم يسم لكل واحد منهما شيأ من الدين (واما) ان قيد وسمى لكل واحد منهما قدرا معلوما من الدين فان أطلق يقسم الدين عليهما على قدر قيمتهما وكان كل واحد منهما مضمونا بالاقل من قيمة نفسه ومن حصته من الدين لان كل واحد منهما مرهون والمرهون مضمون بالدين فلابد من قسمة الدين على قيمتهما ليعرف قدر ما فى كل واحد منهما من الضمان كما ينقسم الثمن عليهما فى باب البيع باعتبار قيمتهما لمعرفة مقدار الثمن لان المرهون مضمون بالدين كما أن البيع مضمون بالثمن وان قيد كان كل واحد منهما مضمونا بالاقل من قيمته ومما سمى له لانه لما سمى وجب اعتبار التسمية فينظر الى القدر المسمى لكل واحد منهما فايهما هلك يهلك بالاقل من قيمته ومن القدر المسمى كما فى باب البيع اذا سمى لكل واحد من المبيعين ثمناً أنه ينقسم الثمن عليهما بالقدر المسمى كذا هذا هذا اذا كان المرهون من خلاف جنس الدين وهلك فى يد المرتهن فاما اذا كان من

جنسه

جنسه بأن رهن موزونا بجنسه أو مكيلا بجنسه وهلك في يد المرتهن فقد اختلف أصحابنا فيه قال أبو حنيفة يهلك مضمونا بالدين باعتبار الوزن دون القيمة حتى لو كان وزن الرهن مثل وزن الدين وقيمته أقل منه فهلك يذهب كل الدين عنده وعند أبي يوسف ومحمد يضمن القيمة من خلاف الجنس على ما نذكر فمن أصل أبي حنيفة أنه يعتبر الوزن دون القيمة في الهالك ومن أصلهما أنهما يعتبران الوزن فيما لا يتضرر به المرتهن فاما فيما يتضرر به فيضمنان القيمة من خلاف الجنس (وأما) في الانكسار فأبو حنيفة يضمن القيمة وكذلك أبو يوسف عند الاستواء في الوزن والقيمة ولا يريان الجعل بالدين أصلا ومحمد يجعل بالدين لكن عند الامكان بأن لا يؤدي ذلك الى الضرر بالراهن ولا بالمرتهن ولا يؤدي الى الربا فان أدى الى شيء مما ذكرنا فانه لا يجعل بالدين أيضا واذا كانت قيمة الرهن أكثر فأبو يوسف يجعل النقصان الحاصل بالانكسار شائعا في قدر الامانة والمضمون فما كان في الامانة يذهب بغير شيء وما كان في المضمون يضمن المرتهن قيمته ويهلك من الرهن بقدره ومحمد رحمه الله يصرف النقصان الى الزيادة واذا كثر النقصان حتى انتقص من الدين يخير الراهن بين أن يفتكه وبين أن يجعله بالدين ومن أصل أبي حنيفة أنه يجوز استيفاء الزيوف من الجياد حتى لو أخذ صاحب الدين الزيوف عن الجياد ولم يعلم به حتى هلك عنده سقط دينه وكذا عند محمد الا ان محمدا ترك أصله في الرهن وعند أبي يوسف لا يسقط بل يرد مثل ما قبض ويأخذ مثل حقه فمن أصله أنه لا يجوز استيفاء الزيوف عن الجياد فهذه أصول هذه المسائل (وأما) تخريجها على هذه الاصول فنقول وبالله التوفيق اذا كان الدين عشرة دراهم فرهن به قلب فضة فهلك أو انكسر في يد المرتهن فوزن القلب لا يخلو اما أن يكون مثل وزن الدين بأن كان عشرة واما أن يكون أقل من وزنه بأن كان ثمانية واما أن يكون أكثر من وزنه بأن كان اثنى عشر وكل وجه من هذه الوجوه يدخله الهلاك والانكسار فان كان وزن القلب مثل وزن الدين عشرة فان كانت قيمته مثل وزنه فهلك يهلك بالدين بلا خلاف لان في وزنه وقيمته وفاء بالدين ولا ضرر فيه بأحد ولا فيه ربا فيهلك بالدين على ما هو حكم الرهن عندنا وان انكسر وانتقص لا يجبر الراهن على الافتكاك بلا خلاف لانه لو افتكه اما أن يفتكه بجميع الدين واما أن يسقط شيء من الدين بمقابلة النقصان لا سبيل الى الاول لان فيه ضررا بالراهن لفوات حقه عن الجودة والصناعة من غير عوض ولا سبيل الى الثاني لانه يؤدي الى الربا لان الدين والرهن يستويان في الوزن والجودة لا قيمة لها شرعا عند مقابلتها بجنسها فكانت ملحقة بالعدم شرعا فيكون ايفاء عشرة بثمانية فتكون ربا فيتخير ان شاء افتكه بجميع الدين ورضي بالنقصان وان شاء ضمن المرتهن قيمته بالغة ما بلغت فكانت رهنا مكانه ويصير القلب ملكا للمرتهن بالضمان وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء جعله بالدين ويصير ملك المرتهن بدينه (وجه) قول محمد ان ضمان القيمة لا يناسب قبض الرهن لان ذلك موجب قبض هو تعدي كقبض الغصب وقبض الرهن مأذون فيه فلا يناسب ضمان القيمة ويناسبه الجعل بالدين لانه قبض استيفاء وفي الجعل بالدين تقرير الاستيفاء (وجه) قولهما ان جعل الرهن بالدين حال قيامه من أعمال الجاهلية جاء الاسلام وأبطله بقوله لا يغلق الرهن والجعل بالدين غلق الرهن فكان باطلا وبه تبين ان ملك الرهن بالدين لا يجوز ان يكون حكم هذا التصرف وان حكمه ملك اليد والحبس لا ملك العين والرقبة (فاما) ضمان القيمة فيصلح حكما له في الجملة ألا ترى ان محمدا يقول به عند تعذر الجعل بالدين على ما نذكر وان كانت قيمته أقل من وزن الدين بأن كانت ثمانية فهلك يهلك بجميع الدين عند أبي حنيفة رحمه الله لانه يعتبر الوزن دون القيمة عند الهلاك وفي وزنه وفاء الدين وعندهما لا يهلك بالدين ويضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه (وجه) قولهما أنه لو هلك بالدين (اما) ان يهلك بوزنه (واما) أن يهلك بقيمته لا سبيل الى الاول لان فيه ضررا بالمرتهن ولا وجه الى الثاني لانه يؤدي الى الربا فيخير المرتهن بين أن يرضى بسقوط الدين وبين أن يضمن قيمة الرهن من خلاف جنسه فيكون رهنا مكانه ولابي حنيفة رحمه الله ان قبض الرهن قبض استيفاء والجيد والرديء في الاستيفاء على السواء لان استيفاء الزيوف عن الجياد جائز عنده وان

انكسر فالراهن بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء ضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه بالاجماع وليس له خيار الجعل بالدين هنا بلا خلاف (أما) على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف فلأنهما لا يريان الجعل بالدين أصلا ومحمد رحمه الله ان كان يرى ذلك لكن عند الامكان وههنا لا يمكن لانه لو جعل الدين باعتبار الوزن يؤدى الى الضرر بالمرتهن حيث يصير الرهن الذى قيمته ثمانية بعشرة ولو جعل باعتبار القيمة يؤدى الى الربا فمست الضرورة الى ضمان القيمة والله تعالى أعلم وان كانت قيمته أكثر من وزنه بأن كانت اثنى عشر فهلك يهلك بالدين عند أبي حنيفة اعتبارا للوزن وكذلك عند محمد لأن الجودة هنا فضل فكان امانة بمنزلة الفضل فى الوزن (أما) على قول أبي يوسف فقيل يضمن المرتهن قيمة خمسة أسداس القلب من الذهب ويرجع بدينه لان الجودة عنده مضمونة وقيل يهلك بالدين عنده أيضاً لانه يعتبر الوزن فى الهلاك لا الجودة وانما يعتبر الجودة فى الانكسار وان انكسر فالراهن بالخيار عند أبي حنيفة ان شاء افتكه بالدين مع النقصان وان شاء ضمنه قيمته من خلاف جنسه فيكون رهناً مكانه لما ذكرنا فيما تقدم سواء كان النقصان الحاصل بالانكسار قدر درهم بأن عادت قيمته الى أحد عشر أو قدر درهمين بأن عادت قيمته عشرة أو أكثر من ذلك بأن صارت قيمته ثمانية وعند أبي يوسف ان شاء افتكه بالدين وان شاء ضمن المرتهن قيمته خمسة أسداس القلب من خلاف جنسه فتصير خمسة أسداس الرهن ملكا للمرتهن بالضمان وسدس الرهن مع خمسة أسداس القيمة رهنا بالدين لان من أصله أن يجعل قدر النقصان الحاصل بالانكسار شائعا فى قدر الامانة والمضمون والقدر الذى فى الامانة يذهب بغير شيء والقدر الذى فى المضمون يضمن قيمته فيصير ذلك القدر من الرهن ملكا له وعند محمد ينظر الى النقصان ان كان قدر درهم أو درهمين لا ضمان على المرتهن ويجبر الراهن على الفكاك وان زاد على ذلك يخير بين الفكاك وبين الجعل بالدين كما لو كانت قيمته ووزنه سواء لان من أصله أنه يصرف النقصان الحاصل بالانكسار الى الجودة الزائدة الا اذا كثر النقصان حتى عادت قيمته الى ثمانية فله أن يجعله بالدين ان شاء وان شاء افتكه وقيل ان على قوله له أن يضمنه كما قال أبو حنيفة رحمه الله لما فى الجعل بالدين من اسقاط حقه عن الجودة هذا اذا كان وزن القلب مثل وزن الدين عشرة فاما اذا كان أقل من وزنه ثمانية فان كانت قيمته مثل وزنه فهلك يهلك بمثل وزنه من الدين وهو ثمانية بالاجماع وان انكسر فالراهن بالخيار ان شاء افتكه بالدين وان شاء ضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه فكانت رهنا والقلب للمرتهن بالضمان عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد ان شاء افتكه بالدين وان شاء جعله بمثل وزنه من الدين لما قلنا وان كانت قيمته أقل من وزنه سبعة فهلك يهلك بثمانية فى قول أبي حنيفة اعتبارا للوزن وعندهما يضمن قيمته من خلاف جنسه لما بينا وان انكسر ضمن القيمة بالاجماع (أما) على قول أبي حنيفة وأبي يوسف فلانهما لا يجيزان الجعل بالدين حال قيام الرهن أصلا ورأسا ومحمد ان كان يجيزه لكن بشريطة انعدام الضرر وفى الجعل بالدين هنا ضرر بالمرتهن وان كانت قيمته أكثر من وزنه فكانت تسعة أو كانت مثل الدين عشرة فهلك يهلك بقدر وزنه ثمانية عند أبي حنيفة وعندهما يضمن القيمة وان انكسر ان شاء افتكه بالدين وان شاء ضمن القيمة بالاجماع لما ذكرنا وان كانت قيمته أكثر من الدين اثنى عشر فهلك يهلك بثمانية عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يضمن خمسة أسداس قيمته وان انكسر فعند أبي حنيفة ان شاء افتكه بالدين وان شاء ضمنه جميع القيمة وكانت قيمته رهنا والقلب ملكا للمرتهن وعند أبي يوسف يضمن خمسة أسداس قيمته ويكون سدس القلب مع خمسة أسداس قيمته رهنا عنده بالدين وعند محمد يصرف النقصان الحاصل بالانكسار بالامانة ان قل النقصان بأن كان درهما أو درهمين ويجبر الراهن على الافتكاك وان كان أكثر من ذلك يخير الراهن بين الافتكاك وبين الجعل بالدين هذا اذا كان وزن القلب أقل من وزن الدين ثمانية فاما اذا كان أكثر من وزنه اثنا عشر فان كانت قيمته مثل وزنه اثنى عشر فهلك سقط الدين والزيادة على الدين تهلك امانة بلا خلاف وان انكسر ضمن خمسة أسداسه فى قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد له أن يجعل خمسة أسداسه بالدين وان كانت قيمته أقل من وزنه

واكثر

وأكثر من الدين بان كانت أحد عشر فهلك سقط الدين بخمسة أسداسه والزيادة تهلك أمانة عند أبي حنيفة ولا رواية عنهما في هذا الفصل وان انكسر ضمن خمسة أسداس القلب عند أبي حنيفة لانه لا يعتبر الجودة ولا يرى الجعل بالدين وعند أبي يوسف يجب أن يكون هكذا وكذلك عند محمد لتعذر التمليك بالدين لما فيه من الضرر وان كانت قيمته مثل مثل وزن الدين عشرة فهلك يهلك خمسة أسداس بالدين عند أبي حنيفة لانه يعتبر الوزن وعندهما يضمن خمسة أسداسه ويرجع بحقه وان انكسر ضمن خمسة أسداسه عند أبي حنيفة وعندهما يغرم جميع القيمة ولا يمكن الجعل بالدين عند محمد لانه يؤدي الى الربا وان كانت قيمته أقل من الدين ثمانية فهلك ذهب خمسة أسداسه بالدين في قول أبي حنيفة وان انكسر ضمن خمسة أسداسه وعندهما يغرم القيمة في الحالين وان كانت قيمته خمسة عشر فهلك يهلك خمسة أسداسه بالدين في قول أبي حنيفة وان انكسر ضمن خمسة أسداسه عند أبي حنيفة ثم في كل موضع ضمن المرتهن بعض القلب وهلك ذلك القدر بالضمان وصار شريكا فهذا شيوع طارئ فعلى جواب ظاهر الرواية يقطع القلب فيكون الباقي مع القدر الذي غرم رهنا لان الشيوع يمنع صحة الرهن مقارنا كان أو طارئا وعلى رواية أبي يوسف لا حاجة الى القطع لان الشيوع الطارئ لا يمنع بقاء العقد على الصحة (وأما) الرهن الفاسد فلا حكم له حال قيام المرهون حتى لا يثبت للمرتهن حق الحبس وللراهن أن يسترده منه فان منعه حتى هلك يضمن مثله ان كان له مثل وقيمته ان لم يكن له مثل لانه صار غاصباً بالمنع والمغصوب مضمون على الغاصب بالمثل أو بالقيمة وان لم يوجد المنع من المرتهن حتى هلك الرهن في يده ذكر الكرخي رحمه الله انه يهلك أمانة لان الرهن اذا لم يصح كان القبض قبض أمانة لانه قبض باذن المالك فأشبه قبض الوديعة وحكى القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه ذكر في الجامع الكبير ان كل ما هو محل للرهن الصحيح فاذا رهنه رهناً فاسداً فهلك في يد المرتهن يهلك بالاقل من قيمته ومن الدين وكل ما ليس بمحل للرهن الصحيح لا يكون مضمونا بالرهن الفاسد كالمدبر وأم الولد وهذا يدل على ان الفساد كان لمعنى في نفس المرهون لا يكون مضمونا بل يكون أمانة وان كان الفساد لمعنى في غيره يكون مضمونا (ووجهه) ان المرهون مضمون بالقبض ولا فساد في القبض الا ان من شرط كون المقبوض مضمونا أن يكون مالا مطلقاً متقوما كالمقبوض بالبيع الفاسد فان وجد الشرط يكون مضمونا والا فلا هذا الذي ذكرنا حكم هلاك المرهون (وأما) حكم استهلاكه فنقول المرهون لا يخلو (اما) أن يكون من بني آدم كالعبد والامة (واما) ان كان من غير بني آدم من سائر الاموال فان كان من غير بني آدم فاستهلكه أجنبي ضمن قيمته ان كان مما لا مثل له ومثله ان كان مما له مثل كما اذا لم يكن مرهونا والمرتهن هو الخصم في تضمينه وكان الضمان رهنا لانه بدل المرهون ثم ان كان الضمان من جنس الدين والدين حال استوفاه بدينه وان كان الدين لم يحل حبسه رهنا مكانه وكذلك لو استهلكه المرتهن لانه لو أتلف مالا مملوكا متقوما بغير اذن مالكه فيضمن مثله أو قيمته كما لو أتلفه أجنبي وكان رهنا مكانه وان استهلكه الراهن فان كان الدين حالا يطالب بالدين لا فائدة في المطالبة بالضمان فيطالب بالدين وان كان لم يحل أخذ المرتهن منه الضمان فأمسكه الى أن يحل الدين واذا كان في الرهن نماء كاللبن والولد فاستهلكه المرتهن أو الراهن أو أجنبي بان كان الرهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فحلبت او ولدت فعليه ضمانه (اما) وجوب الضمان على الاجنبي والمرتهن فظاهر لان الزيادة ملك الراهن واتلاف مال مملوك للغير بغير اذنه يوجب الضمان (واما) وجوبه على الراهن فلان المتلف وان كان مملوكا له لكن للمرتهن فيه حق قوي فيلتحق بالملك في حق وجوب الضمان واذا وجب الضمان على المتلف كان الضمان مع الشاة رهنا عند المرتهن لانه بدل المرهون فيقوم مقامه فان هلك الضمان لا يسقط شيء من الدين لانه بدل ما ليس بمضمون بالدين فكان حكمه حكم الاصل والاصل لو هلك يهلك بغير شيء كذا البدل وان هلكت الشاة سقطت حصتها من الدين لانها مرهونة مقصودة فكانت مضمونة بالهلاك ويفتك الراهن ضمان الزيادة بقدرها من الدين لان الزيادة تصير مقصودة بالفكاك فيصير لها حصة من الدين هذا اذا كان الاستهلاك بغير اذن فاما اذا كان باذن بان قال الراهن للمرتهن احلب الشاة فما حلبت

فهو حلال لك أو قال له كل هذا الحمل فحلب وشرب وأكل حل له ذلك ولا ضمان عليه لان الزيادة ملك الراهن فيصح اذنه بالاكل والشرب ولا يسقط شئ من دين المرتهن حتى لو جاء الراهن يفتك الشاة يفتكها بجميع الدين لان اتلاف المرتهن باذن الراهن مضاف الى الراهن كأنه أتلفه بنفسه ولو كان كذلك لكان لا يسقط شئ من الدين وكان عليه ضمان المتلف كذا هذا وان لم يفتكها حتى هلك تهلك بحصتها من الدين فيقسم الدين عليها وعلى لبنها أو ولدها على قدر قيمتها فما كان حصة الشاة يسقط وما كان حصة الزيادة يبقى ويخاطب الراهن بقضائه لان فعل المرتهن لما كان مضافا الى الراهن كان مضمونا عليه كأنه فعل بنفسه فيصير للزيادة حصة من الدين فينظر الى قيمة الزيادة فان كان فيها خمسه كان فيها ثلث الدين وفى الشاة ثلثاه فاذا هلكت الشاة ذهب ثلثا الدين وبقى الثلث وعلى الراهن قضاؤه وكذلك لو استهلكه أجنبي باذن الراهن والمرتهن فالجواب فيه وفى المرتهن اذا استهلكه باذن الراهن سواء وقد ذكرناه ولو استهلكه الراهن باذن المرتهن لا شئ عليه لان الضمان لو وجب لوجب لحق المرتهن لا لحق نفسه لانه ملكه وقد أبطل المرتهن حق نفسه بالاذن فلا يستحق الضمان وجعل كأن الزيادة هلكت بآفة سماوية وبقيت الشاة رهنا بجميع الدين وان كان المرهون من بنى آدم فجنى عليه فجملة الكلام فى جنايات الرهن انها ثلاثة أقسام جناية غير الرهن على الرهن وجناية الرهن على غير الرهن وجناية الرهن على الرهن اما جناية غير الرهن على الرهن فلا يخلو اما ان كانت الجناية فى النفس واما ان كانت فيما دون النفس وكل ذلك لا يخلو اما ان كان عمدا أو خطأ أو فى معنى الخطأ والجانى لا يخلو اما ان كان حرا أو عبدا فان كانت فى النفس عمدا والجانى حر فللراهن أن يقتص اذا اجتمعا على الاقتصاص فى قول أبى حنيفة وقال محمد ليس له الاقتصاص وان اجتمعا عليه وعن أبى يوسف روايتان كذا ذكر الكرخى رحمه الله الاختلاف وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى انه لا قصاص على قاتله وان اجتمع عليه الراهن والمرتهن ولم يذكر الخلاف (وجه) قول محمد ان استيفاء القصاص لا بد له من ولى والولى هنا غير معلوم لان ملك العين والرقبة للراهن وملك اليد والحبس للمرتهن فكان العبد مضافا الى الراهن من وجه والى المرتهن من وجه فصار الولى مشتبها مجهولا وجهالة الولى تمنع استيفاء القصاص كعبد المكاتب اذا قتل عمدا انه لا يقتص من قاتله وان اجتمع عليه المولى والمكاتب لما قلنا كذا هذا بخلاف العبد المشترك بين اثنين اذا قتل عمدا ان لهما الاقتصاص اذا اجتمعا عليه لان هناك الولاية لهما ثابتة على الشركة لثبوت الملك لكل واحد منهما فى النصف من كل وجه فكان الولى معلوما فامكن القول بوجوب القصاص لهما على الشركة لاستوائهما فى الملك (وجه) قول أبى حنيفة ان الملك للراهن من كل وجه وانما للمرتهن حق الحبس فقط والملك سبب لثبوت الولاية فكان الولى معلوما وكان ينبغى أن لا تتوقف ولاية الاستيفاء على رضا المرتهن الا انه توقف لتعلق حقه به فاذا رضى فقد زال المانع بخلاف عبد المكاتب لان الملك فيه للمولى من وجه وللمكاتب من وجه فلم يكن الملك فيه ثابتا للمولى مطلقا ولا للمكاتب مطلقا فأشبه الولى فامتنع الاستيفاء واذا اقتص القاتل سقط الدين لان العبد انما كان رهنا من حيث انه مال وقد بطلت ماليته بالقتل لا الى بدل اذ القصاص لا يصلح بدلا عن المالية فسقط القصاص كما لو هلك بنفسه هذا اذا اجتمعا على القصاص (فاما) اذا اختلفا لا يقتص القاتل لانه لا سبيل الى اثبات الاقتصاص للمرتهن لعدم ملك الرقبة ولا للراهن لان فى استيفائه ابطال حق المرتهن وهو الدين من غير رضاه وهذا لا يجوز وعلى القاتل قيمة المقتول فى ماله فى ثلاث سنين وكانت القيمة رهنا ولو اختلفا فأبطل القاضى القصاص ثم قضى الراهن الدين فلا قصاص لان حق المرتهن وان بطل بالفكاك لكن بعد ما حكم القاضى ببطلان القصاص فلا يحتمل العود وان كانت الجناية خطأ أو شبه عمد فعلى عاقلة القاتل قيمته فى ثلاث سنين يقبضها المرتهن فتكون رهنا لان العبد وان كان مضمونا من حيث انه آدمى لا من حيث انه مال على أصل أصحابنا رحمهم الله حتى لا تزاد ديته على دية الحر ولكنه مرهون من حيث انه مال لا من حيث انه آدمى فجاز أن تقوم قيمته مقامه وتكون رهنا عند المرتهن ثم ان كان الرهن مؤجلا كانت فى يده الى حل الاجل واذا حل فان

كانت

كانت القيمة من جنس الدين استوفى الدين منها وان بقى فيها فضل رده على الراهن وان كانت أقل من الدين استوفى منها من الدين بقدرها بالفضل أى يرجع بالبقية على الراهن وان كانت من خلاف جنس الدين حبسها فى يده الى وقت الفكاك وان كان الدين حالا فالحكم فيه وفيما اذا كان مؤجلا فحل سواء وقد بيناه وتعتبر قيمة العبد فى ضمان الاستهلاك يوم الاستهلاك وفى ضمان الرهن يوم القبض لان ضمان الاستهلاك يجب بالاستهلاك وضمان الرهن يجب بالقبض فيعتبر حال وجود السبب حتى لو كان الدين ألف درهم وقيمة العبد يوم الرهن ألفا فانتقصت قيمته فتراجعت الى خمسمائة فقتل غرم القاتل خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة واذا غرم خمسمائة بالاستهلاك كانت هذه الدراهم رهنا بمثلها من الدين ويسقط الباقى من الدين لانه يصير مستوفيا كل الدين بها ولا يجوز استيفاء أكثر من خمسمائة بخمسمائة لما فيه من الربا وهذا بخلاف ما اذا قتله عبد أقل قيمة منه فدفع به لان الدفع لا يؤدى الى الربا لانه لا يجوز استيفاء كل الدين من هذا العبد ألا ترى انه لو باعه جاز وان كان لا يساويه فلم يكن فيه ربا وكذلك لو قتله المرتهن يغرم قيمته والحكم فيه وفى الاجنبي سواء وقد ذكرناه ولو قتله الراهن فهذا وما اذا كان الرهن من غير بنى آدم سواء وقد ذكرناه فيما تقدم هذا اذا كان الجانى حرا (اما) اذا كان عبدا أو أمة يخاطب مولى القاتل بالدفع أو بالفداء بقيمة المقتول فان اختار الدفع فان كانت قيمة المقتول مثل قيمة المدفوع أو أكثر فالمدفوع رهن بجميع الدين ويجبر الراهن على الافتكاك بلا خلاف وان كانت قيمته أقل من قيمة المقتول بان كانت قيمة المقتول ألفا والدين ألف وقيمة المدفوع مائة فهو رهن بجميع الدين أيضا ويجبر الراهن على الافتكاك بجميع الدين كما كان يجبر على افتكاك العبد المقتول لو كان حيا بجميع الدين فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد ان لم يكن بقيمة القاتل وفاء بقيمة المقتول فالراهن بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء تركه للمرتهن بدينه فمحمد مر على أصله فى الجعل بالدين عند تعذر الجبر على الافتكاك وهنا تعذر لما فيه من الضرر بالراهن ولابى حنيفة وأبى يوسف انه لما دفع الثانى بالاول قام مقام الاول لحما ودما والاول كان رهنا بجميع الدين وكان يجبر الراهن على الافتكاك بجميع الدين فكذا الثانى وكذلك لو كان العبد المرتهن نقص فى السعر حتى صار يساوى مائة درهم فقتله عبد يساوى مائة درهم فدفع به فهو على الاختلاف هذا اذا كان اختار مولى القاتل الدفع فاما اذا اختار الفداء فانه يفديه بقيمة المقتول وكانت القيمة رهنا عند المرتهن ثم ينظر ان كانت القيمة من جنس الدين استوفى دينه منها وان كانت من خلاف الجنس حبسها رهنا حتى يستوفى جميع دينه ويجبر الراهن على الافتكاك عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد يخير الراهن بين الافتكاك بجميع الدين وبين الترك للمرتهن بالدين- وقد مرت المسئلة هذا اذا كانت الجناية فى النفس فاما اذا كانت فيما دون النفس فان كان الجانى حرا يجب ارشه فى ماله لا على عاقلته سواء كانت الجناية خطأ أو عمدا (اما) الوجوب فى ماله فلان العاقلة لا تعقل فيما دون النفس (وأما) التسوية بين الخطا والعمد فلأن القصاص لا يجرى بين الحر والعبد فيما دون النفس فاستوى فيه العمد والخطأ فى وجوب الارش فكان الارش رهنا مع العبد لانه بدل جزء مرهون وان كان الجانى عبدا يخاطب مولاه بالدفع أو الفداء بارش الجناية فان اختار الفداء بالارش كان الارش مع المجنى عليه رهناً وان اختار الدفع يكون الجانى مع المجنى عليه رهنا والخصومة فى ذلك كله الى المرتهن لان حق الحبس له والجانى فوت الحبس عن بعض أجزاء الرهن فله أن يقيم بدل الفائت فيقيمه مقامه رهنا هذا الذى ذكرنا حكم جناية غير الرهن على الرهن (وأما) حكم جناية الرهن على غير الرهن فجنايته لا تخلو اما ان كانت على بنى آدم واما ان كانت على غير بنى آدم من سائر الاموال فان كانت على بنى آدم فلا تخلو اما ان كانت عمدا واما ان كانت خطأ أو فى معناه فان كانت عمدا يقتص منه كما اذا لم تكن رهنا لان ملك الراهن لا يمنع وجوب القصاص الا يرى انه لا يمنع اذا لم يكن رهناً واذا لم يكن الملك مانعا فحق المرتهن أولى لانه دون الملك سواء قتل أجنبيا أو الراهن أو المرتهن لان القصاص ضمان الدم ولا حق للمولى فى دمه بل هو أجنبي عنه وكذا للمرتهن من طريق الاولى اذ الثابت له الحق والحق دون الملك فصارت جنايته

على الراهن والمرتهن فى حق القصاص وجنايته على الاجنبي سواء واذا قتل قصاصا سقط الدين لان هلاكه حصل فى ضمان المرتهن فسقط دينه كما اذا هلك بنفسه هذا اذا كانت جنايته عمدا (فاما) اذا كانت خطأ أو ملحقة بالخطأ فان كانت شبه عمد أو كانت عمدا لكن القاتل ليس من أهل وجوب القصاص عليه بان كان صبيا أو مجنونا أو كانت جنايته فيما دون النفس فانه يدفع أو يفدى لان هذه الجنايات من العبيد والاماء توجب الدفع أو الفداء ثم ينظر ان كان العبد كله مضمونا بان كانت قيمته مثل الدين أو دونه نحو ان تكون قيمة العبد ألفا والدين ألفا أو كان الدين ألفا وقيمة العبد خمسمائة يخاطب المرتهن أولا بالفداء لانه بالفداء يستبقى حق نفسه فى الرهن بتطهيره عن الجناية من غير أن يسقط حق المرتهن ولو بدئ بالراهن وخوطب بالدفع أو الفداء على ما هو حكم الشرع فربما يختار الدفع فيبطل حق المرتهن و يسقط دينه فكانت البداءة بخطاب المرتهن بالفداء أولى واذا فداه بالارش فقد استخلصه واستصفاه عن الجناية وصار كأنه لم يجن أصلا فيبقى رهنا كما كان ولا يرجع بشئ مما فدى على الراهن لانه فدى ملك الغير بغير اذنه فكان متبرعا فيه فلا يملك الرجوع كما لو فداه أجنبي ولانه بالفداء أصلح الرهن باختياره واستبقى حق نفسه فكان عاملا لنفسه بالفداء فلا يرجع على غيره وليس له أن يدفع لان الدفع تمليك الرقبة وهو لا يملك رقبته وان أبى الراهن أن يفدى يخاطب الراهن بالدفع أو الفداء لان الاصل فى الخطاب هو الراهن لان الملك له وانما يبدأ بالمرتهن بخطاب الفداء صيانة لحقه فاذا أبى عاد الامر الى الاصل فان اختار الدفع بطل الرهن وسقط الدين (اما) بطلان الرهن فلان العبد زال عن ملكه بالدفع الى خلف فخرج عن كونه رهنا واما سقوط الدين فلان استحقاق الزوال حصل بمعنى فى ضمان المرتهن فصار كأنه هلك فى يده وكذلك ان اختار الفداء لانه صار قاضيا بما فدى المرتهن لان الفداء على المرتهن لحصول الجناية فى ضمانه الا انه لما أبى الفداء والراهن محتاج الى استخلاص عبده ولا يمكنه ذلك الا بالفداء فكان مضطرا فى الفداء فلم يكن متبرعا فكان له أن يرجع على المرتهن بما فدى وله على الراهن مثله فيصير قصاصا به واذا صار قاضيا دين المرتهن مما فدى ينظر الى ما فدى والى قدر قيمة العبد والى الدين فان كان الفداء مثل الدين وقيمة العبد مثل الدين أو أكثر سقط الدين كله وان كان الفداء أقل من الدين وقيمة العبد مثل الدين أو أكثر سقط من الدين بقدر الفداء وحبس العبد رهنا بالباقى وان كان الفداء قدر الدين أو أكثر وقيمة العبد أقل من الدين يسقط من الدين قدر قيمة العبد ولا يسقط أكثر منها لانه لو هلك العبد لا يسقط من الدين أكثر من قيمته فكذا عند الفداء وان كان العبد بعضه مضمونا والبعض أمانة بان كانت قيمة العبد ألفين والدين ألفا فالفداء عليهما جميعا لان نصفه مضمون ونصفه أمانة فكان فداء نصف المضمون منه على المرتهن وفداء نصف الامانة على الراهن فيخاطبان جميعا بالدفع أو بالفداء والمعنى من خطاب الدفع فى جانب المرتهن الرضا بالدفع لا فعل الدفع لان فعل الدفع ليس اليه ثم اذا خوطب بذلك (اما) ان اجتمعا على الدفع (واما) ان اجتمعا على الفداء (واما) ان اختلفا فاختار أحدهما الدفع والآخر الفداء والحال لا يخلو اما ان يكونا حاضرين واما ان كان أحدهما غائبا فان كانا حاضرين واجتمعا على الدفع ودفعا فقد سقط دين المرتهن لان الدفع بمنزلة الهلاك وان اجتمعا على الفداء فدى كل واحد منهما بنصف الارش واذا فديا طهرت رقبة العبد عن الجناية ويكون رهنا كما كان وكان كل واحد منهما متبرعا حتى لا يرجع على صاحبه بما فدى لان كل واحد منهما أدى ما عليه فكان مؤديا عن نفسه لا عن صاحبه وان اختلفا فأراد أحدهما الفداء والآخر الدفع فأيهما اختار الفداء فاختياره أولى (اما) المرتهن فلانه بالفداء يستبقى حق نفسه ولا يسقط حق الراهن والراهن بالدفع يسقط حق المرتهن فكان اختيار المرتهن أولى وأما الراهن فلانه يستبقى ملك الرقبة بالفداء والمرتهن باختيار الدفع يريد اسقاط دينه وابطال ملك الراهن فلم يكن له فى اختيار الدفع نفع بل كان سفها محضا وتعنتا باردا فلا يلتفت اليه فكان للراهن ان يفدى ثم أيهما اختار الفداء فدى العبد بجميع الارش ولا يملك الآخر دفعه ثم ينظر ان كان الذى اختار الدفع هو المرتهن ففدى بجميع الارش بقى العبد رهنا كما كان لانه طهرت رقبته عن الجناية بالفداء فصار كانه لم يجن و يرجع المرتهن على الراهن

بدينه

بدينه وهل يرجع عليه بحصة الامانة ذكر الكرخي فيه روايتين في رواية لا يرجع بل يكون متبرعا وفي رواية يرجع وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أنه لا يرجع الا بدينه خاصة ولم يذكر اختلاف الرواية (وجه) الرواية الاولى أنه التزم الفداء باختياره مع قدرته على أن لا يلتزم لانه لو لم يلتزم لخوطب الراهن فكان متبرعا فيه فلا يملك الرجوع (وجه) الرواية الاخرى أن المرتهن يحتاج الى إصلاح قدر المضمون منه ولا يمكنه ذلك الا باصلاح قدر الامانة فكان مضطراً فلم يكن متبرعا وان كان الذي اختار الفداء هو الراهن ففداه بجميع الارش لا يكون متبرعا بل يكون قاضيا بنصف الفداء دين المرتهن ثم ينظر ان كان نصف الفداء مثل كل الدين سقط الدين كله وان كان أقل منه سقط من الدين بقدره ورجع بالفضل على الراهن ويحبسه رهنا به هذا اذا كانا حاضرين فاما اذا كان أحدهما حاضراً فليس له ولاية الدفع أيهما كان سواء كان المرتهن أو الراهن أما المرتهن فلا شك فيه لانه لا ملك له في العبد أصلا والدفع تمليك فلا يتصور بدون الملك وأما الراهن فلان الدفع إسقاط حق المرتهن وله ولاية الفداء بجميع الارش فان كان الحاضر هو المرتهن ففداه بجميع الارش لا يكون متبرعا في نصف الفداء عند أبي حنيفة وله أن يرجع على الراهن بدينه و بنصف الفداء لكنه يحبس العبد رهنا بالدين وليس له أن يحبسه رهنا بنصف الفداء بعد قضاء الدين وعند أبي يوسف ومحمد كان المرتهن متبرعا في نصف الفداء فلا يرجع على الراهن الا بدينه خاصة كما لو فداه بحضرة الراهن فهما سويا بين الغيبة والحضرة وجعلاه متبرعا في الحالين جميعا وأبو حنيفة رضي الله عنه فرق بين حال الحضرة والغيبة فجعله متبرعا في الحضرة لا في الغيبة وان كان الحاضر هو الراهن ففداه بجميع الارش لا يكون متبرعا في نصف الفداء بالاجماع بل يكون قاضياً بنصف الفداء دين المرتهن كما لو فداه الراهن بحضرة المرتهن وجه قولهما أن المرتهن فدى ملك الغير بغير إذنه فكان متبرعا كما لو فداه أجنبي ولهذا كان متبرعا في حالة الحضرة كما في الغيبة ولابي حنيفة رضي الله عنه أنه في حال الحضرة التزم الفداء باختياره مع امكان خطاب الراهن فكان متبرعا والخطاب لا يمكن حالة الغيبة وهو محتاج الى إصلاح قدر المضمون ولا يمكنه ذلك الا باصلاح قدر الامانة فكان مضطراً فلم يكن متبرعا هذا الذي ذكرنا حكم جناية الرهن (فاما) حكم جناية ولد الرهن بان قتل انسانا خطأ فحكمه أنه لا فداء على المرتهن ويخاطب المولى بالدفع أو الفداء أما عدم وجوب الفداء على المرتهن فلان خطابه بفداء الرهن مع أنه ليس ملكه لحصول الجناية من الرهن في ضمانه ولم يوجد في الولد لانه ليس بمضمون أنه لو هلك يهلك بغير شئ وأما خطاب المولى بالدفع أو الفداء فلان الملك له فان دفعه خرج الولد عن الرهن ولم يسقط شئ من الدين أما خروجه عن الرهن فلزوال ملك الراهن عنه فيخرج عن الرهن كما لو هلك وأما عدم سقوط شئ من الدين فلان الولد غير مضمون بالهلاك بخلاف الام وان فدى فهو رهن مع أنه على حاله فان اختار الراهن الدفع فقال له المرتهن أنا أفدى فله ذلك لان الولد مرهون وان لم يكن مضمونا الا ترى أن الحكم الاصلي للرهن ثابت فيه وهو حق الحبس فكان الفداء منه اصلاحا للرهن فكان له ذلك هذا اذا جنى الرهن على أجنبي فاما اذا جنى على الراهن أو على المرتهن أما جنايته على نفس المرتهن جناية موجبة للمال أو على ماله فهدر لان العبد ملكه والمولى لا يجب له على عبده دين بخلاف جناية العبد المغصوب على المغصوب منه أو على ماله على أصل أبي حنيفة رحمه الله أنها معتبرة لان المضمونات تملك عند أداء الضمان من وقت الغصب فتبين أن تلك الجناية لم تكن جناية العبد على مولاه وأما جنايته على نفس المرتهن فهدر عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد معتبرة يدفع أو يفدى ان رضي به المرتهن و يبطل الدين وان قال المرتهن لا أطلب الجناية لما في الدفع أو الفداء من سقوط حق فله ذلك و بطلت الجناية والعبد رهن على حاله هكذا أطلق الكرخي وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي وفصل فقال ان كان العبد كله مضمونا بالدين فهو على الاختلاف وان كان بعضه مضمونا و بعضه أمانة فجنايته معتبرة بالاتفاق فيقال للراهن ان شئت فادفع وان شئت فافده فان دفعه وقبل المرتهن بطل الدين كله وصار العبد كله للراهن وان اختار الفداء فنصف الفداء على الراهن ونصفه على المرتهن فا

كان حصة المرتهن يبطل وما كان حصة الراهن يفدى والعبد رهن على حاله واختلافهم فى جناية الرهن على المرتهن نظير اختلافهم فى جنايته عند الغصب على الغاصب أنها هدر عند أبى حنيفة وعندهما معتبرة (وجه قولهما) أن هذه جناية وردت على غير المالك فكانت معتبرة كما اذا وردت على أجنبي وهذا لان الاصل فى الجنايات اعتبارها وسقوط الاعتبار لمكان عدم الفائدة وهنا فى اعتبار هذه الجناية فائدة لان موجبها الدفع وله فيه فائدة وهو الوصول الى ملك العبد وان كان فيه سقوط دينه ولابى حنيفة أن هذه الجناية وردت على غير المالك لكنها وجدت فى ضمان المرتهن فورودها على غير المالك ان كان يقتضى أن تكون معتبرة فوجودها فى ضمان المرتهن يقتضى أن لا تعتبر لانها توجب الفداء عليه وذلك غير ممكن لما فيه من ايجاب الضمان عليه له وأنه محال فوقع الشك والاحتمال فى اعتبارها فلا تعتبر هذا اذا جنى على نفس المرتهن فاما اذا جنى على ماله فان كانت قيمته والدين سواء وليس فى قيمته فضل فجنايته هدر بالاجماع لانه لا فائدة فى اعتبار هذه الجناية اذ ليس حكمها وجوب الدفع الى المرتهن ليملكه بل تعلق الدين برقبته فلو بيع وأخذ ثمنه لسقط دينه فلم يكن فى اعتبار هذه الجناية فائدة فلا تعتبر وان كانت قيمته أكثر من الدين فعن أبى حنيفة رحمه الله روايتان فى رواية تعتبر الجناية فى قدر الامانة وفى رواية لا يثبت حكم الجناية أصلا وجه الرواية الاولى أن المانع من الاعتبار كون العبد فى ضمان المرتهن وقدر الامانة وهو الفضل على الدين ليس فى ضمانه فامكن اعتبار الجناية فى ذلك القدر فلزم اعتبارها وجه الرواية الاخرى أن ذلك القدر وان لم يكن مضمونا فهو فى حكم المضمون لثبوت حكم الرهن فيه وهو الحبس فيمنع الاعتبار وأما جناية الرهن على ابن الراهن أو على ابن المرتهن فلا شك انها معتبرة لان المانع من الاعتبار فى حق الراهن هو كون العبد مملوكا له وفى حق المرتهن كونه فى ضمانه ولم يوجد شئ من ذلك هنا فكانت جنايته عليه وعلى الاجنبي سواء هذا الذى ذكرنا حكم جناية الرهن على بنى آدم وأما حكم جنايته على سائر الاموال بان استهلك مالا تستغرق رقبته فحكمها وحكم جناية غير الرهن سواء وهو تعلق الدين برقبته يباع فيه الا اذا قضى الراهن أو المرتهن دينه فاذا قضاه أحدهما فالحكم فيه والحكم فيما ذكر من الفداء من جنايته على بنى آدم سواء وهو أنه ان قضى المرتهن الدين بقى دينه و بقى العبد رهنا على حاله لانه بالفداء استفرغ رقبة العبد عن الدين واستصفاها عنه فيبقى العبد رهنا بدينه كما كان لو فداه عن الجناية وان أبى المرتهن أن يقضى وقضاه الراهن بطل دين المرتهن لما ذكرنا فى الفداء من الجناية فان امتنعا عن قضاء دينه يباع العبد بالدين و يقضى دين الغريم من ثمنه لان دين العبد مقدم على حق المرتهن ألا ترى انه مقدم على حق المولى فعلى حق المرتهن أولى لانه دونه ثم اذا بيع العبد وقضى دين الغريم من ثمنه فثمنه لا يخلو اما ان يكون فيه وفاء بدين الغريم واما ان لم يكن فيه وفاء به فان كان فيه وفاء بدينه فدينه لا يخلو اما ان يكون مثل دين المرتهن واما ان يكون أكثر منه واما ان يكون أقل منه فان كان مثله أو أكثر منه سقط دين المرتهن كله لان العبد زال عن ملك الراهن بسبب وجد فى ضمان المرتهن فصار كانه هلك وما فضل من ثمن العبد يكون للراهن لانه بدل ملكه لا حق لاحد فيه فيكون له خاصة وان كان أقل منه سقط من دين المرتهن بقدره وما فضل من ثمن العبد يكون رهنا عند المرتهن بما بقى لانه لا دين فيه فيبقى رهنا ثم ان كان الدين قد حل أخذه بدينه ان كان من جنس حقه وان كان من خلاف جنس حقه أمسكه الى أن يستوفى حقه وان كان الدين لم يحل أمسكه بما بقى من دينه الى أن يحل هذا اذا كان كل العبد مضمونا بالدين فاما اذا كان نصفه مضمونا ونصفه أمانة لا يصرف الفاضل كله الى المرتهن بل يصرف نصفه الى المرتهن ونصفه الى الراهن لان قدر الامانة لا دين فيه فيصرف ذلك الى الراهن وكذلك ان كان قدر المضمون منه والامانة على التفاضل يصرف الفضل اليهما على قدر تفاوت المضمون والامانة فى ذلك لما قلنا وان لم يكن فى ثمن العبد وفاء بدين الغريم أخذ الغريم ثمنه وما بقى من دينه يتأخر الى ما بعد العتاق ولا يرجع به على أحد لانه لم يوجد سبب وجوب الضمان من أحد انما وجد منه وحكمه تعلق الدين برقبته واستيفاء الدين منها فاذا لم تف رقبته بالدين يتأخر ما بقى الى ما بعد العتق واذا أعتق وأدى الباقى لا يرجع بما أدى

على

على أحد لانه وجب عليه بفعله فلا يرجع على غيره وكذلك حكم جناية ولد الرهن على سائر الاموال وحكم جناية الام سواء فى أنه يتعلق الدين برقبته كما فى الام الا أن هنا لا يخاطب المرتهن بقضاء دين الغريم لان سبب وجوب الدين لم يوجد فى ضمان المرتهن ولان الولد ليس بمضمون بخلاف الام بل يخاطب الراهن بين ان يبيع الولد بالدين و بين ان يستخلفه بقضاء الدين فان قضى الدين بقى الولد رهنا كما كان وان بيع بالدين لا يسقط شئ من دين المرتهن لانه ليس بمضمون بخلاف الام هذا الذى ذكرنا حكم جناية غير الرهن على الرهن وحكم جناية الرهن على غير الرهن فاما حكم جناية الرهن على الرهن فنقول و بالله التوفيق جناية الرهن على الرهن نوعان جناية على الرهن نفسه وجناية على جنسه أما جنايته على نفسه فهى والهلاك بآفة سماوية سواء ثم ينظر ان كان العبد كله مضمونا سقط من الدين بقدر النقصان وان كان بعضه مضمونا و بعضه أمانة سقط من الدين قدر ما انتقص من المضمون لا من الامانة وأما جناية الرهن على نفسه فعلى ضربين أيضا جناية بنى آدم على جنسه وجناية البهيمة على جنسها وعلى غير جنسها أما جناية بنى آدم على جنسه بان كان الرهن عبدين فجنى أحدهما على صاحبه فالعبدان لا يخلوا اما ان كانا رهنا فى صفقة واحدة واما ان كانا رهنا فى صفقتين فان كانا رهنا فى صفقة واحدة فجنى أحدهما على صاحبه فجنايته لا تخلو من أربعة أقسام جناية المشغول على المشغول وجناية المشغول على الفارغ وجناية الفارغ على الفارغ وجناية الفارغ على المشغول والكل هدر الا واحدة وهى جناية الفارغ على المشغول فانها معتبرة و يتحول ما فى المشغول من الدين الى الفارغ ويكون رهنا مكانه أما جناية المشغول على المشغول فلانها لو اعتبرت اما ان تعتبر لحق المولى أعنى الراهن واما ان تعتبر لحق المرتهن والاعتبار لحق الرهن لا سبيل اليه فى الفصول كلها لان كل واحد منهما ملكه وجناية المملوك على المملوك ساقطة الاعتبار لحق المالك لان اعتبارها فى حقه لوجوب الدفع عليه أو الفداء له و إيجاب شئ على الانسان لنفسه ممتنع ولهذا لا يجب للمولى على عبده دين ولا سبيل الى اعتبار جناية المشغول على المشغول لحق المرتهن لان الاعتبار لحقه يحول ما فى المجنى عليه من الدين الى الجانى والجانى مشغول بدين نفسه والمشغول بنفسه لا يشتغل بغيره وكذلك جناية المشغول على الفارغ لما قلنا وأما جناية الفارغ على الفارغ فلانه لا دين للفارغ ليتحول الى الجانى فلا يفيد اعتبارها فى حقه وأما جناية الفارغ على المشغول فممكن الاعتبار لحق يتحول ما فيه من الدين الى الفارغ و بيان هذه الجملة فى مسائل اذا كان الدين ألفين والرهن عبدين يساوى كل واحد منهما ألفا فقتل أحدهما صاحبه اوجنى عليه جناية فيما دون النفس مما قل ارشها أو كثر فجنايته هدر و يسقط الدين الذى كان فى المجنى عليه بقدره ولا يتحول قدر ما سقط الى الجانى لان كل واحد منهما مشغول كله بالدين وجناية المشغول على المشغول هدر فجعل كان المجنى عليه هلك بآفة سماوية ولو كان الدين ألفا فقتل أحدهما صاحبه فلا دفع ولا فداء وكان القاتل رهنا بسبعمائة وخمسين لان فى كل واحد منهما من الدين خمسمائة فكان نصف كل واحد منهما فارغا ونصفه مشغولا فاذا قتل أحدهما صاحبه فقد جنى كل واحد من نصفى القاتل على النصف المشغول والنصف الفارغ من المجنى عليه وجناية قدر المشغول على المشغول وقدر المشغول على الفارغ وقدر الفارغ على الفارغ هدر لما بينا فيسقط ما كان فيه شئ من الدين ولا يتحول الى الجانى وجناية قدر الفارغ على قدر المشغول معتبرة فيتحول قدر ما كان فيه الى الجانى وذلك مائتان وخمسون وقد كان فى الجانى خمسمائة فيبقى رهنا بسبعمائة وخمسين ولو فقأ أحدهما عين صاحبه تحول نصف ما كان من الدين فى العين الى الباقى فيصير الباقى رهنا بستمائة وخمسة وعشرين و بقى المفقوء عينه رهنا بمائتين وخمسين لان العبد الفاقئ جنى على نصف العبد الآخر لان العين من الآدمى نصفه الا أن ذلك النصف نصفه مشغول بالدين ونصفه فارغ من الدين والفاقئ جنى على النصف المشغول والفارغ جميعا والفاقئ نصفه مشغول ونصفه فارغ الا أن جناية المشغول على قدر المشغول والفارغ وجناية الفارغ على قدر الفارغ والمشغول فقدر جناية الفارغ على قدر المشغول معتبرة فيتحول قدر ما كان فى المشغول من الدين الى الفاقئ وذلك مائة وخمسة

وعشرون وقد كان فى الفاقئ خمسمائة فيصير الفاقئ رهنا بستمائة وخمسة وعشرين ويبقى المفقوء عينه رهنا بمائتين وخمسين لانعدام ورود الجناية على ذلك النصف والله عز وجل أعلم وان كان العبدان رهنا فى صفقتين فان كان فيهما فضل على الدين بان كان الدين الفا وقدر كل واحد منهما الفا فقتل أحدهما الآخر تعتبر الجناية رهنا بخلاف الفصل الاول لان الصفقة اذا تفرقت صارت بمنزلة مالو رهن كل واحد منهما رجلا على حدة فجنى أحدهما على الآخر وهناك يثبت حكم الجناية كذا ههنا بخلاف ما اذا اتحدت الصفقة واذا اعتبرت الجناية هنا يخير الراهن والمرتهن فان شاآ جعلا القاتل مكان المقتول فيبطل ما كان فى القاتل من الدين وان شاآ فديا القاتل بقيمة المقتول ويكون رهنا مكان المقتول والقاتل رهن على حاله وان لم يكن فيهما فضل على الدين بان كان الدين ألفين وقيمة كل واحد منهما الفا فقتل أحدهما الآخر فان دفعاه فى الجناية قام المدفوع مقام المقتول ويبطل الدين الذى كان فى القاتل وان قالا نفدى فالفداء كله على المرتهن بخلاف الفصل الاول لان هناك كل واحد منهما ليس بمضمون كله بل بعضه وهنا كل واحد منهما مضمون كله فاذا حل الدين دفع الراهن الفا وأخذ عبده وكانت الالف الاخرى قصاصا بهذه الالف اذا كان مثله ولو فقأ أحدهما عين الآخر قيل لهما ادفعاه أو افدياه فان دفعاه بطل ما كان فيه من الدين وان فدياه كان الفداء عليهما نصفين وكان الفداء رهنا مع المفقوء عينه لان الجناية معتبرة لما ذكرنا فصار كعبد الرهن اذا جنى على عبد أجنبى فان قال المرتهن أنا لا أفدى ولكنى أدع الرهن على حاله فله ذلك وكان الفاقئ رهنا مكانه على حاله وقد ذهب نصف ما كان فى المفقوء من الدين لان اعتبار الجناية انما كان لحق المرتهن لا لحق الراهن فاذا رضى المرتهن بهدر الجناية صار هدرا وان قال الراهن أنا أفدى وقال المرتهن لا أفدى كان للراهن أن يفديه وهذا اذا طلب المرتهن حكم الجناية لانه اذا طلب حكم الجناية فحكمها التخيير وان أبى الراهن الفداء وقال المرتهن أنا أفدى والراهن حاضر أو غائب فهو على ما بينا فى العبد الواحد (وأما) جناية البهيمة على جنسها فهى هدر لما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال جرح العجماء جبار أى هدر والعجماء البهيمة والجناية اذا هدرت سقط اعتبارها وصار الهلاك بها والهلاك بآفة سماوية سواء وكذلك جنايتها على خلاف جنسها هدر لعموم الحديث وأما جناية بنى آدم عليها فحكمها وحكم جنايته على سائر الاموال سواء وقد بينا ذلك

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يخرج به المرهون عن كونه مرهونا ويبطل به عقد الرهن وما لا يخرج ولا يبطل فنقول وبالله التوفيق يخرج المرهون عن كونه مرهونا ويبطل الرهن بالاقالة لانها فسخ العقد ونقضه والشىء لا يبقى مع ما ينقضه الا أنه لا يبطله بنفس الاقالة من العاقدين مالم يرد المرتهن الرهن على الراهن بعد الاقالة حتى كان للمرتهن حبسه بعد الاقالة لان العقد لا ينعقد فى الحكم بدون القبض فلا يتم فسخه بدون فسخه أيضا وفسخه بالرد وعلى هذا يخرج ما اذا رهن عبدا يساوى الفا بألف فقبضه المرتهن ثم جاء الراهن بجارية وقال للمرتهن خذها مكان الاولى ورد العبد الى لاشك ان هذا جائز لان هذا اقالة العقد فى الاول وانشاء العقد فى الثانى وهما يملكان ذلك الا أنه لا يخرج الاول عن ضمان الرهن الا بالرد على الراهن حتى لو هلك فى يده قبل الرد يهلك بالدين لما ذكرنا أن القبض فى هذا الباب يجرى مجرى الركن حتى لا يثبت الضمان بدونه فلا يتم الفسخ بدون نقض القبض وكذا لا يدخل الثانى فى الضمان الا برد الاول حتى لو هلك الثانى فى يده قبل رد الاول يهلك أمانة لان الراهن لم يرض برهنيتهما على الجميع وانما رضى برهن أحدهما حيث رهن الثانى وطلب رد الاول والاول كان مضمونا بالقبض فلم يخرج عن كونه مضمونا ببعض القبض فيه لا يدخل الثانى فى الضمان ولو هلكا جميعا فى يد المرتهن فسقط الدين بهلاك العبد وهلكت الجارية بغير شىء لانها أمانة هلكت فى يده فتهلك هلاك الامانات ولو قبض الراهن العبد وسلم الجارية خرج عن الضمان لانه خرج عن كونه مرهونا وصارت الجارية مضمونة حتى لو هلكت تهلك بالدين لانه رهنها بالدين الذى كان العبد مرهونا به والعبد كان مضمونا بذلك الدين فكذا الجارية فان كانت قيمة العبد خمسمائة وهو رهن بألف وقيمة

الجارية

الجارية ألف فهلكت تهلك بالالف لانه رهن الجارية بعقد على حدة فكانت رهنا ابتداء الا أن شرط كونه مضمونا رد الاول لانه لم يرض برهنهما جميعا الا أن يكون الثانى بدل الاول بل هو مقصود بنفسه فى كونه رهنا فكان المضمون قدر قيمته لا قدر قيمة الاول ولو كان العبد يساوى ألفا والجارية تساوى خمسمائة فرد العبد على الراهن وقبض الجارية فهى رهن بالالف ولكنها ان هلكت تهلك بخمسمائة لما ذكرنا ان الثانى أصل بنفسه لكونه مرهونا بعقد على حدة فيعتبر فى الضمان قدر قيمته ولا يخرج باستيفاء الدين حتى لو هلك فى يد المرتهن بعد ما استوفى دينه فعليه رد ما استوفى ويخرج بالابراء عن الدين عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله ويبطل الرهن خلافا لزفر والمسئلة مرت فى مواضع أخر من هذا الكتاب ولا يخرج بالاعارة ويخرج بالاجارة بان أجره الراهن من أجنبى باذن المرتهن أو المرتهن باذن الراهن أو استأجره المرتهن ويبطل الرهن وقد ذكرنا الفرق بينهما فيما تقدم ويخرج بالكتابة والهبة والصدقة اذا فعل أحدهما باذن صاحبه ويخرج بالبيع بان باعه الراهن أو المرتهن باذن الراهن أو باعه العدل لان ملك المرهون قد زال بالبيع ولكن لا يبطل الرهن لانه زال الى خلف وهو الثمن فبقى العقد عليه وكذا فى كل موضع خرج واخلف بدلا ويخرج بالاعتاق اذا كان المعتق موسرا بالاتفاق وان كان معسرا فكذلك عندنا وعند الشافعى رحمه الله لا يخرج بناء على ان الاعتاق نافذ عندنا وعنده لا ينفذ (وجه) قوله ان هذا اعتاق تضمن ابطال حق المرتهن ولا شك انه تضمن ابطال حقه لان حقه متعلق بالرهن ويبطل بالاعتاق وعصمة حقه تمنع من الابطال ولهذا لا ينفذ البيع كذا الاعتاق بخلاف ما اذا كان الراهن موسرا لان هناك لم يوجد الابطال لانه يمكنه الوصول الى دينه للحال من جهة الراهن (ولنا) ان اعتاقه صادف موقوفا هو مملوكه رقبة فينفذ كاعتاقه الآبق والمستأجر ودلالة الوصف ظاهر لان المرهون مملوك للراهن عينا ورقبة ان لم يكن مملوكا يدا وحبسا وملك الرقبة يكفى لنفاذ الاعتاق كما فى اعتاق العبد المستأجر والآبق وقوله يبطل حق المرتهن قلنا نعم لكن ضرورة بطلان ملك الراهن وذا لا يمنع النفاذ كما فى موضع الاجماع مع ما ان الثابت للراهن حقيقة الملك والثابت للمرتهن حق الحبس ولا شك ان اعتبار الحقيقة أولى لانها أقوى بخلاف البيع لان نفاذه يعتمد قيام ملك الرقبة واليد جميعا لان القدرة على تسليم المبيع شرط نفاذه ولم يوجد فى المرهون لانه فى يد المرتهن فاذا نفذ اعتاقه خرج العبد عن أن يكون مرهونا لانه صار حرا من كل وجه والحر من وجه وهو المدبر لا يصلح للرهن فالحر من كل وجه أولى ولهذا لم يصلح رهنا فى حالة الابتداء فكذا فى حالة البقاء ثم ينظر ان كان الراهن موسرا والدين حال يجبر الراهن على قضائه لانه لا معنى لايجاب الضمان وكذلك ان كان الدين مؤجلا وقد حل الاجل وان كان لم يحل غرم الراهن قيمة العبد وأخذه المرتهن رهنا مكانه ولا سعاية على العبد أما وجوب الضمان على الراهن فلانه أبطل على المرتهن حقه حقا قويا هو فى معنى الملك أو هو ملكه من وجه لصيرورته مستوفيا دينه من ماليته من وجه فجاز أن يكون مضمونا بالاتلاف وأما كونه رهنا فلانه بدل العبد وفى الحقيقة بدل ماليته فيقوم مقامه واذا حل الاجل ينظر ان كانت القيمة من جنس الدين يستوفى منها دينه فان كانت قيمته أكثر من الدين رد الفضل على الراهن وان كانت قيمته أقل من الدين يرجع بفضل الدين على الراهن وان كانت قيمته من خلاف جنس الدين حبسها بالدين حتى يستوفى دينه (وأما) عدم وجوب السعاية على العبد فلانه لم يوجد منه بسبب وجوب الضمان وهو الاتلاف لان الاتلاف وجد من الراهن لا من العبد ومؤاخذة الانسان بالضمان من غير مباشرة سبب منه خلاف الاصل وكذلك لو كان الراهن موسرا وقت الاعتاق ثم أعسر بعد ذلك لان العبرة لوقت الاعتاق لانه وقت مباشرة سبب وجوب الضمان وان كان معسرا فللمرتهن أن يرجع بدينه على الراهن ان شاء وان شاء استسعى العبد فى الاقل من قيمته ومن الدين و يعتبر فى العبد أيضا أقل قيمته وقت الرهن و وقت الاعتاق و يسعى فى الاقل منهما ومن الدين حتى لو كان الدين ألفين وقيمة العبد وقت الرهن ألفا فازدادت قيمته فى يد المرتهن حتى صارت تساوى ألفين ثم أعتقه الراهن وهو معسر سعى العبد فى ألف قدر

قيمته وقت الرهن ولو انتقصت قيمته حتى صار يساوى خمسمائة سعى فى خمسمائة قدر قيمته وقت الاعتاق (أما) اختيار الرجوع على الراهن فلانه أبطل حقه بالاعتاق (وأما) ولاية استسعاء العبد فلان بالرهن صارت مالية هذا العبد مملوكة للمرتهن من وجه لانه صار مستوفيا الدينه من ماليته فاذا أعتقه الراهن فقد صارت هذه المالية محتبسة عند العبد فوصلت الى العبد بالاتلاف مالية مشغولة بحق المرتهن فكان للمرتهن أن يستخرجها منه ولا يمكنه ذلك الا باستسعاء العبد فله أن يستسعيه بخلاف حالة اليسار لان الدين فى الحقيقة على الراهن وانما العبد جعل محلا لاستيفاء الدين منه عند تعذر الاستيفاء من الراهن على ماهو موضوع الرهن فى الشرع ان الراهن يؤمر بقضاء الدين وعند التعذر يستوفى من الرهن كما قبل الاعتاق والتعذر عند اعسار الراهن لا عند يساره فيسعى فى حال الاعسار لا فى حال اليسار وبخلاف العبد المشترى قبل القبض اذا أعتقه المشترى وهو مفلس لا يكون للبائع ولاية استسعاء العبد بقدر الثمن وان كان محبوسا قبل التسليم بالثمن كالمرهون محبوس بالدين لان العبد بنفس البيع خرج عن ملك البائع من كل وجه فلم يوجد احتباس مالية مملوكة للبائع عند العبد وانما للبائع مجرد حق الحبس فاذا خرج عن محلية الحبس بالاعتاق بطل حق الحبس أصلا وبقى حقه فى مطالبة المشترى بالثمن فحسب أما ههنا فبخلافه (وأما) السعاية فى الاقل من قيمته ومن الدين فلما ذكرنا ان الاستسعاء لمكان ضرورة المالية المملوكة للمرتهن من وجه محتبسة عند العبد فتقدر السعاية بقدر الاحتباس ثم اذا سعى العبد يرجع بما سعى على الراهن لانه قضى دين الراهن من خالص ملكه على وجه الاضطرار لان الشرع أوجب عليه السعاية والقاضى ألزمه ومن قضى دين غيره مضطرا من مال نفسه لا يكون متبرعا ويرجع عليه كالوارث اذا قضى دين الميت من مال نفسه انه يرجع على التركة كذا هذا فان بقى بعد السعاية شىء من الدين رجع المرتهن بذلك على الراهن ولو نقص العبد فى السعر قبل الاعتاق بان كان الدين ألفا وقيمة العبد وقت الرهن ألفا فنقص فى السعر حتى عادت قيمة الى خمسمائة ثم أعتقه الراهن وهو معسر سعى فى قدر قيمته وقت الاعتاق وهو خمسمائة فللمرتهن أن يرجع على الراهن بخمسمائة أخرى لانه لم يصل اليه من حقه الا قدر خمسمائة فله أن يرجع عليه بالباقى ولو لم ينقص العبد فى السعر ولكنه قتله عبد يساوى مائة درهم فدفع مكانه فاعتقه الراهن وهو معسر يسعى فى قيمته مائة درهم ويرجع بذلك على الراهن ويرجع المرتهن على الراهن بتسعمائة لانه لما دفع به فقد قام مقام الاول لحما ودما فصار رهنا بجميع المال كان الاول قائم وتراجع سعره الى مائة فاعتقه الراهن وهو معسر ولو كان كذلك لسعى فى قيمته وقت الاعتاق مائة درهم ويرجع بذلك على الراهن وكان للمرتهن أن يرجع ببقية دينه على الراهن كذا هذ ولو كان الرهن جارية تساوى ألفا بألف فولدت ولدا يساوى ألفا فاعتقها المولى وهو معسر سعيا فى ألف لان الضمان فيهما ألف ولو لم تلد ولكن قتلها عبد قيمته ألفان فدفع بها ثم أعتقه المولى سعى فى ألف درهم لانه كان مضمونا بهذا القدر لقيامه مقام المقتولة لحما ودما وهى كانت مضمونة بهذا القدر كذا هذا ولو قال المولى لعبده رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم أعتقه المولى وهو معسر فالقول قول المولى ولزمه السعاية عند أصحابنا الثلاثة رضى الله عنهم وقال زفر رحمه الله القول قول العبد ولا سعاية عليه (وجه) قوله ان المولى بهذا الاقرار يريد الزام السعاية على العبد وقوله فى الزام السعاية عليه غير مقبول كما لو أقر عليه بذلك بعد الاعتاق (ولنا) انه أقر بما يملك انشاءه عليه للحال لثبوت الولاية له عليه للحال لوجود سبب الولاية وهو الملك فيصح ولا يلتفت الى تكذيب العبد بخلاف ما بعد الاعتاق لانه هناك أقر بما لا يملك للحال انشاءه لزوال ملك الولاية بالاعتاق هذا اذا أعتقه فاما اذا دبره فيجوز تدبيره ويخرج عن كونه رهنا أما جواز التدبير فلانه يقف على قيام ملك الرقبة لجواز الاعتاق وملك الرقبة قائم بعد الرهن (وأما) خروجه عن الرهن فلان المدبر لا يصلح رهنا لان كون المرهون مالا مطلقا شرط جواز الرهن على ما بينا فيما تقدم وبالتدبير خرج من أن يكون مالا مطلقا فيخرج عن كونه رهنا وهذا لم يصلح رهنا ابتداء فكذا فى حالة البقاء وهل يسعى للمرتهن لا خلاف فى أن الراهن اذا كان معسرا يسعى (وأما) اذا كان موسرا ذكر الكرخى

رحمه

رحمه الله انه يسعى وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى انه لا يسعى وسوى بين المرتهن وبين الاعتاق وهوان الدين ان كان حالا أخذ المرتهن جميع دينه من الراهن وان كان مؤجلا أخذ قيمة العبد من الراهن ويكون رهنا مكانه كما فى الاعتاق (وجه) ماذكره الكرخى ان الدين على المولى وكسب المدبر ملك المولى لانه بالتدبير لم يخرج عن ملك المولى فكانت سعاية مال المولى فكان صرف السعاية الى المرتهن قضاء دين المولى من مال المولى فيستوى فيه حال الاعسار واليسار بخلاف كسب المعتق لانه كسب الحر من كل وجه وكسب الحر من كل وجه ملكه فكانت السعاية ملكه والاصل أن لا يؤمر الانسان بقضاء دين غيره من مال نفسه الا عند العجز عن القضاء بنفسه فيتقيد بحال العجز وهى حالة الاعسار (وجه) ماذكره القاضى أن السعاية وان كانت ملك المولى لكن لا صنع للعبد فى الكتابة بسبب وجوبها اذ لا صنع له فى التدبير بل هو فعل المولى ومهما أمكن ايجاب الضمان على من وجد منه مباشرة بسبب وجوبه كان أولى من ايجابه على من لا صنع فيه أصلا ورأسا فاذا كان المولى معسرا كان الامكان ثابتا فلا معنى لايجاب السعاية على العبد ثم اذا سعى فى حالة الاعسار يسعى فى جميع الدين بالغا ما بلغ لان السعاية مال المولى فكان الاستسعاء من المرتهن استيفاء الدين من مال المولى فكان له أن يستوفيه بتمامه سواء كان الدين حالا أو مؤجلا لما قلنا وقيل ان كان الدين حالا فكذلك فاما اذا كان مؤجلا فلا يسعى الا فى قدر قيمته ويكون رهناً مكانه وهكذا ذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى (ووجه) الفرق على هذا القول ان الدين اذا كان حالا كان واجب القضاء للحال على سبيل التضييق وهذا مال المولى فيقضى منه دينه على الكمال واذا كان مؤجلا لا يجب قضاؤه للحال أصلا ولا يجب على سبيل التضييق الا أن الراهن بالتدبير فوت حق المرتهن فتجب اعادة حقه اليه بعوض يقوم مقامه جبراً للفائت فيتقدر الجائز بقدر الفائت فيستسعيه بقدر قيمته ويكون رهناً مكانه ولا يرجع المدبر بما يسعى على الراهن بخلاف المعتق فوقع الفرق بين التدبير والاعتاق فى موضعين (أحدهما) ان المدبر يسعى فى جميع الدين بالغاً ما بلغ ولا ينظر الى القيمة والمعتق يسعى فى الاقل من قيمته ومن الدين والثانى ان المدبر لا يرجع بما يسعى على المولى والمعتق يرجع والفرق بينهما يرجع الى حرف واحد وهوان سعاية المدبر ملك مولاه لكون المدبر ملكه اذ الفائت بالتدبير ليس الا منفعة البيع فكان الاستسعاء استيفاء الدين من مال المولى فله أن يستوفيه على التمام والكمال ولا يرجع بما يسعى على المولى لانه قضى دين المولى من مال المولى فكيف يرجع عليه بخلاف المعتق لان سعايته ملكه على الخصوص لانه حر خالص الا أنه لزمته السعاية لاستخراج ملك المرتهن من وجه المحتبس عنده وهو مال فتتقدر السعاية بقدر الاحتباس ويرجع بالسعاية على المولى اذا كان معسراً لانه قضى ديناً واجباً عليه من مال نفسه مضطرا فيملك الرجوع فى الشرع على ما بينا بخلاف المدبر والله أعلم وعلى ماذكره الكرخى رحمه الله يقع الفرق بينهما فى موضع ثالث أيضاً وهوان المدبر يسعى مع ايسار المولى والمعتق لا يسعى مع ايساره وقد بينا وجه ذلك فيما تقدم هذا اذا أعتق او دبر فاما اذا استولد بأن كان الرهن جارية فحبلت عند المرتهن فادعاه الراهن فدعواه لا يخلو اما ان كانت قبل وضع الحمل واما ان كانت بعده فان كانت قبل وضع الحمل صحت دعوته ويثبت نسب الولد منه وصارت الجارية ام ولد له وخرجت عن الرهن (أما) صحة الدعوة فلان الجارية ملكه من كل وجه والملك من وجه يكفى لصحة الدعوة فالملك من كل وجه أولى وثبوت النسب حكم صحة الدعوة وصيرورة الجارية أم ولد له حكم ثبوت النسب وخروج الجارية عن الرهن حكم الاستيلاد وهو صيرورتها أم ولد له لان أم الولد لا تصلح للرهن ألا ترى انها لا تصلح رهنا ابتداء فكذا فى حال البقاء ولا سعاية على الولد لانه صار حراً قبل الولادة فلم يدخل فى الرهن فلا يثبت حكم الرهن فيه (وأما) الجارية فحكمها حكم العبد المرهون اذا دبره الراهن وقد بينا ذلك كله وان كانت الجارية وضعت الحمل ثم ادعى الراهن الولد صحت دعوته وثبت النسب وصار حرا وصارت الجارية أم ولد له وخرجت من الرهن لما ذكرنا فى الفصل الاول الا أن هنا صار الولد حرا بعد ما دخل فى الرهن وصارت له حصة من الرهن فيقسم الدين عليهما على قدر قيمتهما الا أن قيمة

الجارية تعتبر يوم الرهن وقيمة الولد تعتبر يوم الدعوة فيكون حكم الجارية فى حصتها من الدين حكم المدبر فى جميع الدين وقد ذكرنا ذلك وحكم الولد فى حصته من الدين حكم المعتق فى جميع ما ذكرنا وقد بينا ذلك الا أن هناك ينظر الى ثلاثة أشياء الى قيمة العبد وقت الرهن والى قيمته وقت الاعتاق والى الدين فيسعى فى الاقل من الاشياء الثلاثة وهنا ينظر فقط الى قيمة الولد وقت الدعوة والى حصته من الدين فيسعى فى أقلهما اذا كان الراهن معسرا أو يرجع بما سعى عليه

﴿ فصل ﴾ (وأما) حكم اختلاف الراهن والمرتهن والعدل فنقول و بالله التوفيق اذا كان الدين الف درهم فاختلف الراهن والمرتهن فى قدر المرهون به فقال الراهن انه رهن بخمسمائة وقال المرتهن بألف فالقول قول الراهن مع يمينه لان المرتهن يدعى على الراهن زيادة ضمان وهو ينكر فكان القول قوله ولو أقاما البينة فالبينة بينة المرتهن لانها تثبت زيادة ضمان ولو قال الراهن رهنته بجميع الدين الذى لك على وهو الف والرهن يساوى الفا وقال المرتهن ارتهنته بخمسمائة والرهن قائم فقد روى عن أبى حنيفة ان القول قول الراهن و يتحالفان و يترادان لانهما اختلفا فى قدر ما وقع عليه العقد وهو المرهون به فاشبه اختلاف البائع والمشترى فى مقدار الثمن وهناك يتحالفان و يترادان كذا هنا فان هلك الرهن قبل أن يتحالفا كان كما قال المرتهن لان الراهن يدعى عليه زيادة ضمان وهو ينكر وان اتفقا على ان الرهن كان بألف واختلفا فى قيمة الجارية فالقول قول المرتهن لان الراهن يدعى عليه زيادة ضمان وهو ينكر ولهذا كان القول قول الغاصب فى مقدار الضمان فكذا هذا ولو أقاما البينة فالبينة بينة الراهن لانها تثبت زيادة ضمان وكذلك لو كان الرهن ثوبين هلك أحدهما فاختلفا فى قيمة الهالك ان القول قول المرتهن فى قيمة الهالك والبينة بينة الراهن فى زيادة القيمة لما قلنا وكذلك لو اختلفا فى قدر الرهن فقال المرتهن رهنتنى هذين الثوبين بألف درهم وقال الراهن رهنت أحدهما بعينه يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لانهما اختلفا فى قدر المعقود عليه وانه يوجب التحالف كما فى باب البيع ولو أقاما البينة فالبينة بينة المرتهن هكذا ذكر فى الاصل لانها تثبت زيادة ضمان ولو قال الراهن للمرتهن هلك الرهن فى يدك وقال المرتهن قبضته منى بعد الرهن فهلك فى يدك فالقول قول الراهن لانهما اتفقا على دخوله فى الضمان والمرتهن يدعى البراءة والراهن ينكر فكان القول قوله ولو أقاما البينة فالبينة بينته أيضا لانها تثبت استيفاء الدين و بينة المرتهن تنفى ذلك فالمثبتة أولى ولو قال المرتهن هلك فى يد الراهن قبل أن أقبضه فالقول قوله لان الراهن يدعى دخوله فى الضمان وهو ينكر ولو أقاما البينة فالبينة بينة الراهن لانها تثبت الضمان ولو كان الرهن عبدا فاعور فاختلفا فقال الراهن كانت القيمة يوم الرهن ألفا فذهب بالاعورار النصف خمسمائة وقال المرتهن لا بل كانت قيمته يوم الرهن خمسمائة وانما ازداد بعد ذلك فانما ذهب من حقى الربع مائتان وخمسون فالقول قول الراهن لانه يستدل بالحال على الماضى فكان الظاهر شاهدا له وان أقاما البينة فالبينة بينته أيضا لانها تثبت زيادة ضمان فكانت أولى بالقبول ولو كان الدين مائة والرهن فى يد عدل فباعه فاختلفا فقال الراهن باعه بمائة وقال المرتهن بخمسين ودفع الى وصدق العدل الراهن فالقول قول المرتهن مع يمينه لان المرهون خرج عن كونه مضمونا بنفسه بخروجه عن كونه رهنا بالمبيع وتحول الضمان الى الثمن فالراهن يدعى تحول زيادة ضمان وهو ينكر فكان القول قوله كما اذا اختلفا فى مقدار قيمة الرهن بعد هلاكه ولو أقاما البينة فالبينة بينة الراهن لانها تثبت زيادة ضمان و بينة المرتهن تنفى تلك الزيادة فالمثبتة أولى لان اتفاقهما على الرهن اتفاق منهما على الدخول فى الضمان فالمرتهن بدعوى البيع يدعى خروجه عن الضمان وتحول الضمان الى الثمن والراهن ينكر فكان القول قوله مع يمينه وكذلك قال أبو حنيفة رضى الله عنه اذا كان الرهن مثل الدين فى القيمة والمرتهن مسلط على بيعه بان ادعى انه باعه بمثل الثمن وهو ألف فالقول قوله وان قال بعته بتسعمائة لم يقبل قوله فصار كأنه ضاع ولا يرجع على الراهن بالنقصان الى ان تجىء بينته أو يصدقه لما ذكرنا انه كان مضمونا فلا يقبل قوله فى انتقال الضمان وكذلك العدل اذا قال بعت بتسعمائة ولا يعلم الا بقوله لم يكن على العدل الا تسعمائة

ويكون

و يكون الراهن راهنا بما فيه ولا يرجع المرتهن على الراهن بالمائة الفاضلة لان قول العدل مقبول في براءة نفسه غير مقبول في اسقاط الضمان عن بعض ما تعلق به ولا في الرجوع على الراهن وذكر في الاصل اذا كان المرتهن مسلطا على البيع فأقام بينة انه باعه بتسعة وأقام الراهن بينة انه مات في يد المرتهن أخذ ببينة المرتهن وقال أبو يوسف يؤخذ ببينة الراهن (وجه) قوله ان بينة الراهن تثبت زيادة ضمان بنفيها بينة المرتهن فكانت المثبتة أولى (وجه) رواية الاصل ان بينة المرتهن تثبت أمرا لم يكن وهو تحول الضمان من العين الى الثمن و بينة الراهن تقرر ضمانا كان ثابتاً قبل الموت فكانت المثبتة أولى والله تعالى أعلم

﴿ كتاب المزارعة ﴾

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في معنى المزارعة لغة وشرعا وفي بيان شرعيتها وفي بيان ركن المزارعة وفي بيان الشرائط المصححة للركن على قول من يجيز المزارعة والشرائط المفسدة لها وفي بيان حكم المزارعة الصحيحة وفي بيان حكم المزارعة الفاسدة وفي بيان المعاني التي هي عذر في فسخ المزارعة وفي بيان الذي ينفسخ به عقد المزارعة بعد وجودها وفي بيان حكم المزارعة المنفسخة (اما) الاول فالمزارعة في اللغة مفاعلة من الزرع وهو الانبات والانبات المضاف الى العبد مباشرة فعل أجرى الله سبحانه وتعالى العادة بحصول النبات عقيبه لا بتخليقه وايجاده وفي عرف الشرع عبارة عن العقد على المزارعة ببعض الخارج بشرائطه الموضوعة له شرعا فان قيل المزارعة من باب المفاعلة فيقتضي وجود الفعل من اثنين كالمقابلة والمضاربة ونحوهما وفعل الزرع يوجد من العامل دون غيره بدليل انه يسمى هو مزارعا دون رب الارض والبذر ومن لا عمل من جهته فكيف يسمى هذا العقد مزارعة فالجواب عنه من وجهين أحدهما ان المفاعلة جاز أن تستعمل فيما لا يوجد الفعل الا من واحد كالمداواة والمعالجة وان كان الفعل لا يوجد الا من الطبيب والمعالج وقال الله تعالى عز شأنه قاتلهم الله أنى يؤفكون ولا أحد يقصد مقاتلة الله عز شأنه فكذلك المزارعة جاز أن تكون كذلك والثاني ان كان أصل الباب ماذكر فقد وجد الفعل ههنا من اثنين لان المزارعة مفاعلة من الزرع والزرع هو الانبات لغة وشرعا والانبات المتصور من العبد هو التسبيب لحصول النبات وفعل التسبيب يوجد من كل واحد منهما الا ان التسبيب من أحدهما بالعمل ومن الآخر بالتمكين من العمل باعطاء الآلات والاسباب التي لا يحصل العمل بدونها عادة فكان كل واحد منهما مزارعا حقيقة لوجود فعل الزرع منه بطريق التسبيب الا انه اختص العامل بهذا الاسم في العرف ومثل هذا جائز كاسم الدابة ونحوه على ما عرف في أصول الفقه

﴿ فصل ﴾ وأما شرعية المزارعة فقد اختلف فيها قال أبو حنيفة عليه الرحمة انها غير مشروعة وبه أخذ الشافعي رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله انها مشروعة (وجه) قولهما ماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع نخل خيبر معاملة وأرضها مزارعة وأدنى درجات فعله عليه الصلاة والسلام الجواز وكذا هي شريعة متوارثة لتعامل السلف والخلف ذلك من غير انكار (وجه) قول أبي حنيفة ان عقد المزارعة استئجار ببعض الخارج وانه منهي بالنص والمعقول (اما) النص فما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لرافع بن خديج في حائط لا تستأجره بشئ منه وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن قفيز الطحان والاستئجار ببعض الخارج في معناه والمنهي غير مشروع (واما) المعقول فهو ان الاستئجار ببعض الخارج من النصف والثلث والربع ونحوه استئجار ببدل مجهول وانه لا يجوز كما في الاجارة وبه تبين ان حديث خيبر محمول على الجزية دون المزارعة صيانة لدلائل الشرع عن التناقض والدليل على انه لا يمكن حمله على المزارعة انه عليه الصلاة والسلام قال فيه أقركم ما أقركم الله وهذا منه عليه الصلاة والسلام تجهيل المدة وجهالة المدة تمنع صحة المزارعة بلا خلاف بقي ترك الانكار على التعامل وذا يحتمل أن يكون للجواز ويحتمل أن يكون لكونه محل الاجتهاد فلا يدل على الجواز مع الاحتمال

﴿ فصــل ﴾ وأما ركن المزارعة فهو الايجاب والقبول وهو أن يقول صاحب الارض للعامل دفعت اليك هــذه الارض مزارعة بكذا و يقول العامل قبلت أو رضيت أو ما يدل على قبوله و رضاه فاذا وجدا تم العقد بينهما

﴿ فصل ﴾ وأما الشرائط فهي في الاصل نوعان شرائط مصححة للعقد على قول من يجيز المزارعة وشرائط مفسدة له (اما) المصححة فأنواع بعضها يرجع الى المزارع و بعضها يرجع الى الزرع و بعضها يرجع الى ما عقد عليه المزارعة و بعضها يرجع الى الآلة للمزارعــة و بعضها الى الخارج و بعضها يرجع الى المزروع فيــه و بعضها يرجع الى مدة المزارعة (اما) الذي يرجع الى المزارع فنوعان الاول أن يكون عاقلا فلا تصح مزارعة المجنون والصبي الذي لا يعقل المزارعة دفعاً واحداً لان العقل شرط أهلية التصرفات (وأما) البلوغ فليس بشرط لجواز المزارعة حتى تجوز مزارعة الصبي المأذون دفعاً واحداً لان المزارعة استئجار ببعض الخارج والصبي المأذون يملك الاجارة لانها تجارة فيملك المزارعة وكذلك الحرية ليست بشرط لصحــة المزارعة فتصح المزارعة من العبد المأذون دفعاً واحــداً لما ذكرنا في الصبي المأذون والثاني أن لا يكون مرتدا على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله في قياس قول من أجاز المزارعة فلا تنفذ مزارعته للحال بل هي موقوفة وعندهما هذا ليس بشرط لجواز المزارعة ومزارعة المرتد نافذة للحال بيان ذلك انه اذا دفع المرتد أرضا الى رجل مزارعة بالنصف أو بالثلث أو بالربع فعمل الرجــل وأخرجت الارض زرعا ثم قتل المرتد او مات على الردة أو لحق بدار الحرب وقضى بلحاقه بدار الحرب فهذا على وجهــين اما ان دفع الارض والبــذر جميعا مزارعة أو دفع الارض دون البذر فان دفعهما جميعا مزارعة فالخارج كله للمزارع ولا شيء لورثة المرتد لان مزارعته كانت موقوفة فاذا مات أو لحق بدار الحرب تبين انه لم يصح أصلا فصار كأن العامل زرع أرضه ببذر مغصوب ومن غصب من آخر حبا او بذرا به أرضــه فأخرجت كان الخارج له دون صاحب البذر وعلى العامل مثل ذلك البذر لانه مغصوب استهلكه وله مثــله فيلزمه مثله ثم ينظر ان كانت الارض نقصتها المزارعة فعليه ضمان النقصان لانه أتلف مال الغير بغير اذنه فيجب عليه الضمان و يتصدق بما وراء قدر البذر و نقصان الارض لانه حصــل بسبب خبيث فكان سبيله التصدق وان كانت لم ينقصها المزارعة فلا ضمان عليه لانعدام الاتلاف وان أســلم فالخارج بينهما على الشرط سواء أسلم قبل أن يستحصد الزرع أو بعد ما استحصد لانه لما أسلم تبين ان المزارعة وقعت صحيحة وعند أبي يوسف ومحمــد الخارج على الشرط كيف ما كان لان تصرفات المرتد نافذة عنــدهما بمنزلة تصرفات المسلم فتــكون حصته له فان مات أو لحق بدار الحرب يكون لورثته وان دفع اليه الارض دون البذر فالخارج له أيضا لانه لما ظهر انه لم تصح المزارعة صار كأنه غصب أرضا و بذرها ببذر نفسه فأخرجت ولو كان كذلك كان الخارج له كذا هذا الا انه يأخذ من ذلك قدر بذره و نفقته وضمان النقصان ان كانت المزارعة نقصتها و يتصــدق بالفضل لما ذكرنا وان كانت لم تنقصها فقياس قول أبي حنيفة رحمه الله على قياس قول من أجاز المزارعة أن يكون الخارج كله للعامل ولا يلزمه نقصان الارض ولا غيره وفي الاستحسان الخارج بين العامل و بين و رثة المرتد على الشرط (وجه) القياس ما ذكرنا انه يصير بمنزلة الغاصب ومن غصب من آخر أرضا فزرعها ببــذر نفســه ولم تنقصها الزراعة كان الخارج كله له ولا يلزمه شيء كذا هذا (وجه) الاستحسان ان انعدام صحة تصرف المرتد بعــد الموت واللحاق ليس لمكان انعدام أهليته لان الردة لا تنافي انعدام الاهلية بل لتعلق حق و رثته بماله لوجود أمارة الاستغناء بالردة لان الظاهر انه لا يسلم بل يقتل أو يلحق بدار الحرب فيستغني عن ماله فيثبت التعلق نظرا لهم ونظرهم هنا في تصحيح التصرف لا في ابطاله ليصــل اليهم شيء فأشــبه العبد المحجور اذا آجر نفسه وسلم من العــمل انه لا يبطل تصرفه بل يصحح حتى تجب الاجرة لان الحكم ببطلان تصرفه لنظر المولى ونظره ههنا في التصحيح دون الابطال كذا هذا واذا أســلم المرتد فالخارج على الشرط سواء أســلم قبل انقضاء المزارعة أو بعــد انقضائها نقصت الزراعة الارض أو لم تنقصها كما ذكرنا في الوجــه الاول وعلى قولهما الخارج على الشرط كيف ما كان أســلم أو قتل أو لحق لان تصرفاته نافذة بمنزلة تصرفات المســلم هذا اذا

دفع

دفع مرتد أرضه مزارعة الى مسلم فاما اذا دفع مسلم أرضه مزارعة الى مرتد فهذا على وجهين أيضا اما ان دفع الارض والبذر جميعا أو دفع الارض دون البذر فان دفعهما جميعا مزارعة فعمل المرتد فأخرجت الارض زرعا كثيرا ثم قتل المرتد أو مات أو لحق بدار الحرب فالخارج كله بين المسلم و بين ورثة المرتد على الشرط بلا خلاف لان انعدام صحة تصرف المرتد لا لعين ردته بل لتضمنه ابطال حق الورثة لتعلق حقهم بماله على مامر وعمل المرتد ههنا ليس تصرفا فى ماله بل على نفسه بايفاء المنافع ولا حق لورثته فى نفسه فصحت المزارعة فكان الخارج على الشرط المذكور وان دفع الارض دون البذر فعمل المرتد ببذره وأخرجت الارض زرعا فى قياس قول أبى حنيفة على قياس قول من أجاز المزارعة ان الخارج كله لورثة المرتد ولا يجب نقصان الارض لان عنده تصرفات المرتد موقوفة غير نافذة للحال فلم تنفذ مزارعته فكان الخارج حادثا على ملكه لكونه نماء ملكه فكان لورثته وفيه اشكال وهو ان هذا الخارج من اكساب ردته وكسب الردة فىء عند أبى حنيفة فكيف يكون لورثته (والجواب) انه حين بذر كان حق الورثة متعلقا بالبذر لما مر من قبل فالحاصل منه يحدث على ملكهم فلا يكون كسب الردة ولا يجب نقصان الارض لان ضمان النقصان يعتمد اتلاف مال الغير بغير اذنه ولم يوجد اذ المزارعة حصلت باذن المالك وعند أبى يوسف ومحمد الخارج على الشرط كما اذا كان مسلما لما ذكرنا وان أسلم فالخارج على الشرط بلا خلاف سواء أسلم قبل أن يستحصد الزرع أو بعد ما استحصد لما ذكرنا هذا اذا كانت المزارعة بين مرتد ومسلم (فأما) اذا كانت بين مسلمين ثم ارتدا أو ارتد أحدهما فالخارج على الشرط بلا خلاف لانه لما كان مسلما وقت العقد صح التصرف فاعتراض الردة بعد ذلك لا تبطله (وأما) المرتدة فتصح مزارعتها دفعا واحدا بالاجماع لان تصرفاتها نافذة بمنزلة تصرفات المسلمة فتصح المزارعة منها دفعا واحدا بمنزلة مزارعة المسلمة

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع الى الزرع فنوع واحد وهو أن يكون معلوما بأن بين ما يزرع لان حال المزروع يختلف باختلاف الزرع بالزيادة والنقصان فرب زرع يزيد فى الارض ورب زرع ينقصها وقد يقل النقصان وقد يكثر فلا بد من البيان ليكون لزوم الضرر مضافا الى التزامه الا اذا قال له ازرع فيها ما شئت فيجوز له أن يزرع فيها ما شاء لانه لما فوض الامر اليه فقد رضى بالضرر الا أنه لا يملك الغرس لان الداخل تحت العقد الزرع دون الغرس

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع الى المزروع فهو أن يكون قابلا لعمل الزراعة وهو أن يؤثر فيه العمل بالزيادة بمجرى العادة لان ما لا يؤثر فيه العمل بالزيادة عادة لا يتحقق فيه عمل الزراعة حتى لو دفع أرضا فيها زرع قد استحصد مزارعة لم يجز كذا قالوا لان الزرع اذا استحصد لا يؤثر فيه عمل الزراعة بالزيادة فلا يكون قابلا لعمل الزراعة

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع الى الخارج من الزرع فأنواع (منها) أن يكون مذكورا فى العقد حتى لو سكت عنه فسد العقد لان المزارعة استئجار والسكوت عن ذكر الاجرة يفسد الاجارة (ومنها) أن يكون لهما حتى لو شرطا أن يكون الخارج لاحدهما يفسد العقد لان معنى الشركة لازم لهذا العقد وكل شرط يكون قاطعا للشركة يكون مفسدا للعقد (ومنها) أن تكون حصة كل واحد من المزارعين بعض الخارج حتى لو شرطا أن يكون من غيره لا يصح العقد لان المزارعة استئجار ببعض الخارج به تنفصل عن الاجارة المطلقة (ومنها) أن يكون ذلك البعض من الخارج معلوم القدر من النصف والثلث والربع ونحوه لان ترك التقدير يؤدى الى الجهالة المفضية الى المنازعة ولهذا شرط بيان مقدار الاجرة فى الاجارات كذا هذا (ومنها) أن يكون جزأ شائعا من الجملة حتى لو شرط لاحدهما قفزانا معلومة لا يصح العقد لان المزارعة فيها معنى الاجارة والشركة تنعقد اجارة ثم تتم شركة (أما) معنى الاجارة فلأن الاجارة تمليك المنفعة بعوض والمزارعة كذلك لان البذر ان كان من رب الارض فالعامل يملك منفعة نفسه من رب الارض بعوض وهو نماء بذره وان كان البذر من قبل العامل فرب الارض يملك منفعة أرضه من العامل بعوض هو نماء بذره فكانت المزارعة استئجارا اما للعامل واما للارض لكن ببعض الخارج وأما معنى الشركة

فلأن الخارج يكون مشتركا بينهما على الشرط المذكور واذا ثبت ان معنى الاجارة والشركة لازم لهذا العقد فاشتراط قدر معلوم من الخارج ينفي لزوم معنى الشركة لاحتمال ان الارض لاتخرج زيادة على القدر المعلوم ولهذا اذا شرط في المضاربة سهم معلوم من الربح لا يصح كذا هذا وكذا اذا ذكر جزأ شائعا وشرط معه زيادة أقفزة معلومة انه لا يصح لما قلنا وعلى هذا اذا شرط أحدهما البذر لنفسه وأن يكون الباقي بينهما لا تصح المزارعة لجواز أن لا تخرج الارض الا قدر البذر فيكون كل الخارج له فلا يوجد معنى الشركة ولان هذا في الحقيقة شرط قدر البذر أن يكون له لا عين البذر لان عينه تهلك في التراب وذا لا يصح لما ذكرنا وهذا بخلاف المضاربة لان قدر رأس المال يرفع ويقسم الباقي على الشرط لان المضاربة تقتضي الشركة في الربح لا في غيره ودفع رأس المال لانعدام معنى الشركة في الربح (فأما) المزارعة فتقتضي الشركة في كل الخارج واشتراط قدر معلوم من الخارج يمنع تحقق الشركة في كله فهو الفرق بين الفصلين وكذا اذا شرطا ما على الماذيانات والسواقي لا يصح العقد لان ما على الماذيانات والسواقي معلوم فشرطه يمنع لزوم الشركة في العقد وقد روى انهم كانوا يشترطون في عقد المزارعة لاحدهما ما على الماذيانات والسواقي فلما بعث النبي المكرم عليه أفضل التحية ابطله

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع الى المزروع فيه وهو الارض فأنواع (منها) أن تكون صالحة للزراعة حتى لو كانت سبخة أو نزة لا يجوز العقد لان المزارعة عقد استئجار لكن ببعض الخارج والارض السبخة والنزة لا تجوز اجارتها فلا تجوز مزارعتها (فأما) اذا كانت صالحة للزراعة في المدة لكن لا تمكن زراعتها وقت العقد لعارض من انقطاع الماء وزمان الشتاء ونحوه من العوارض التي هي على شرف الزوال في المدة تجوز مزارعتها كما تجوز اجارتها (ومنها) أن تكون معلومة فان كانت مجهولة لا تصح المزارعة لانها تؤدي الى المنازعة ولو دفع الارض مزارعة على أن ما يزرع فيها حنطة فكذا وما يزرع فيها شعيرا فكذا يفسد العقد لان المزروع فيه مجهول لان كلمة من للتبعيض فيقع على بعض الارض وانه غير معلوم وكذا لو قال على أن يزرع بعضها حنطة وبعضها شعيرا لان التنصيص على التبعيض تنصيص على التجهيل ولو قال على ان ما زرعت فيها حنطة فكذا وما زرعت فيها شعيرا فكذا جاز لانه جعل الارض كلها ظرفا لزرع الحنطة أو لزرع الشعير فانعدم التجهيل ولو قال على أن أزرع فيها بغير كراب فكذا ذكر في الاصل انه جائز وهذا مشكل لان المزروع فيه من الارض مجهول فأشبه ما اذا قال ما زرع فيها حنطة فكذا وما زرع فيها شعيرا فكذا ومنهم من اشتغل بتصحيح جواب الكتاب والفرق بين الفصلين على وجه لم يتضح ولو قال على أنه ان زرع حنطة فكذا وان زرع شعيرا فكذا وان زرع سمسما فكذا ولم يذكر منها فهو جائز لانعدام جهالة المزروع فيه وجهالة الزرع للحال ليس بضائر لانه فوض الاختيار اليه فاي ذلك اختاره يتعين ذلك العقد باختياره فعلا كما قلنا في الكفارات الثلاث ولو زرع بعضها حنطة وبعضها شعيرا جاز لانه لو زرع الكل حنطة أو الكل شعيرا لجاز فاذا زرع البعض حنطة والبعض شعيرا أولى (ومنها) أن تكون الارض مسلمة الى العامل مخلاة وهو أن يوجد من صاحب الارض التخلية بين الارض وبين العامل حتى لو شرط العمل على رب الارض لا تصح المزارعة لانعدام التخلية فكذا اذا اشترط فيه عملهما فيمنع التخلية جميعا لما قلنا ولهذا لو شرط رب المال في عقد المضاربة العمل مع المضارب لا تصح المضاربة لانه شرط يمنع وجود ما هو شرط لصحة العقد وهو التخلية كذا هذا وعلى هذا اذا دفع ارضا و بذرا و بقرا على أن يزرع العامل وعبد رب الارض وللعامل الثلث ولرب الارض الثلث ولعبده الثلث فهو جائز على ما اشترط لان صاحب الارض صار مستأجرا للعامل ببعض الخارج الذي هو نماء ملكه فصح وشرط العمل على عبده لا يكون شرطا على نفسه لان العبد المأذون له يد نفسه على كسبه لا يد النيابة عن مولاه فيصير بمنزلة الاجنبي فلا يمنع تحقيق التخلية فلا يمنع الصحة ويكون نصيب العبد لمولاه وان كان البذر من العامل لا تصح المزارعة لانه يصير مستأجرا للارض والبقر والعبد ببعض الخارج الذي هو نماء ملكه وذا

لا يصح

لا يصح على ما ذكر ويكون الخارج له وعليه أجر مثل الارض والبقر والعبد لان هذا حكم المزارعة الفاسدة على ما ذكر في موضعه وكذا لو كان شرط عمل رب الارض مع ذلك كان له أيضا أجر مثل عمله لان هذا شرط مفسد للعقد والله أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما الذى يرجع الى ما عقد عليه المزارعة فهو أن يكون المعقود عليه في باب المزارعة مقصودا من حيث انها اجارة أحد أمرين اما منفعة العامل بأن كان البذر من صاحب الارض واما منفعة الارض بأن كان البذر من العامل لان البذر اذا كان من قبل رب الارض يصير مستأجرا للعامل واذا كان من قبل العامل يصير مستأجرا للارض واذا اجتمعا في الاستئجار فسدت المزارعة فأما منفعة البقر فان حصلت تابعة صحت المزارعة وان جعلت مقصودة فسدت

﴿ فصل ﴾ وبيان هذه الجملة ببيان أنواع المزارعة فنقول وبالله التوفيق المزارعة أنواع (منها) أن تكون الارض والبذر والبقر والآلة من جانب والعمل من جانب وهذا جائز لان صاحب الارض يصير مستأجرا للعامل لا غير ليعمل له في أرضه ببعض الخارج الذى هو نماء ملكه وهو البذر (ومنها) أن تكون الارض من جانب والباقى كله من جانب وهذا أيضا جائز لان العامل يصير مستأجرا للارض لا غير ببعض الخارج الذى هو نماء ملكه وهو البذر (ومنها) أن تكون الارض والبذر من جانب والبقر والآلة والعمل من جانب فهذا أيضا جائز لان هذا استئجار للعامل لا غير مقصودا فأما البذر فغير مستأجر مقصودا ولا يقابله شيء من الاجرة بل هى توابع للمعقود عليه وهو منفعة العامل لانه آلة للعمل فلا يقابله شئ من العمل كمن استأجر خياطا ليخيط بابرة نفسه جاز ولا يقابلها شئ من الاجرة ولانه لما كان تابعا للمعقود عليه فكان جاريا مجرى الصفة للعمل كان العقد عقدا على عمل جيد والاوصاف لا قسط لها من العوض فأمكن أن تنعقد اجارة ثم تتم شركة بين منفعة الارض وبين منفعة العامل (ومنها) أن تكون الارض والبقر من جانب والبذر والعمل من جانب وهذا لا يجوز في ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف انه يجوز (وجه) قوله انه لو كان الارض والبذر من جانب جاز وجعلت منفعة البقر تابعة لمنفعة العامل فكذا اذا كان الارض والبقر من جانب يجب أن يجوز ويجعل منفعة البقر تابعة لمنفعة الارض (وجه) ظاهر الرواية ان العامل هنا يصير مستأجرا للارض والبقر جميعا مقصودا ببعض الخارج لانه لا يمكن تحقيق معنى التبعية هنا لاختلاف جنس المنفعة لان منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض فبقيت أصلا بنفسها فكان هذا استئجار البقر ببعض الخارج أصلا ومقصودا واستئجار البقر مقصودا ببعض الخارج لا يجوز لوجهين أحدهما ما ذكرنا أن المزارعة تنعقد اجارة ثم تتم شركة ولا يتصور انعقاد الشركة بين منفعة البقر وبين منفعة العامل بخلاف الفصل الاول لانه يتصور انعقاد الشركة بين منفعة الارض ومنفعة العامل والثانى أن جواز المزارعة ثبت بالنص مخالفا للقياس لان الاجرة معدومة وهى مع انعدامها مجهولة فيقتصر جوازها على المحل الذى ورد النص فيه وذلك فيما اذا كانت الآلة تابعة فاذا جعلت مقصودة يرد الى القياس (ومنها) أن يكون البذر والبقر من جانب والارض والعمل من جانب وهذا لا يجوز أيضا لان صاحب البذر يصير مستأجرا للارض والعامل جميعا ببعض الخارج والجمع بينهما يمنع صحة المزارعة (ومنها) أن يكون البذر من جانب والباقى كله من جانب وهذا لا يجوز أيضا لما قلنا وروى عن أبى يوسف في هذين الفصلين أيضا انه يجوز لان استئجار كل واحد منهما جائز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع (والجواب) ما ذكرنا أن الجواز على مخالفة القياس ثبت عند الانفراد فتبقى حالة الاجتماع على أصل القياس وطريق الجواز في هذين الفصلين بالاتفاق أن يأخذ صاحب البذر الارض مزارعة ثم يستعير من صاحبها ليعمل له فيجوز والخارج يكون بينهما على الشرط (ومنها) أن يشترك جماعة من أحدهم الارض ومن الآخر البقر ومن الآخر البذر ومن الرابع العمل وهذا لا يجوز أيضا لما مر وفي عين هذا ورد الخبر بالفساد فانه روى أن أربعة نفر اشتركوا على عهد رسول الله

صلى الله عليه وسلم على هذا الوجه فأبطل رسول الله صلى الله عليه وسلم مزارعتهم وعلى قياس ماروى عن أبى يوسف يجوز (ومنها) أن يشترط فى عقد المزارعة أن يكون بعض البذر من قبل أحدهما والبعض من قبل الآخر وهذا لايجوز لان كل واحد منهما يصير مستأجراصاحبه فى قدر بذره فيجتمع استئجار الارض والعمل من جانب واحد وانه مفسد (ومنها) أن تكون الارض من جانب والبذر والبقر من جانب دفع صاحب الارض أرضه اليه على أن يزرعها ببذره وبقره مع هذا الرجل الآخر على أن ماخرج من شيء فثلثه لصاحب الارض وثلثاه لصاحب البذر والبقر وثلثه لذلك العامل وهذا صحيح فى حق صاحب الارض والعامل الاول فاسد فى حق العامل الثانى ويكون ثلث الخارج لصاحب الارض وثلثاه للعامل الاول وللعامل الثانى أجر مثل عمله وكان ينبغى أن تفسد المزارعة فى حق الكل لان صاحب البذر وهو العامل الاول جمع بين استئجار الارض والعامل وقد ذكرنا أن الجمع بينهما مفسد للعقد لكونه خلاف مورد الشرع بالمزارعة ومع ذلك حكم بصحتها فى حق صاحب الارض والعامل الاول وانما كان كذلك لان العقد فيما بين صاحب الارض والعامل الاول وقع استئجارا للارض لا غير وانه صحيح وفيما بين العاملين وقع استئجار الارض والعامل جميعا وانه غير صحيح ويجوز أن يكون العقد الواحد له جهتان جهة الصحة وجهة الفساد خصوصا فى حق شخصين فيكون صحيحا فى حق أحدهما فاسدا فى حق الآخر ولو كان البذر فى هذه المسئلة من صاحب الارض صحت المزارعة فى حق الكل والخارج بينهم على الشرط لان صاحب الارض فى هذه الصورة يعتبر مستأجرا للعاملين جميعا والجمع بين استئجار العاملين لا يقدح فى صحة العقد واذا صح العقد كان الخارج على الشرط

﴿فصل﴾ واما الذى يرجع الى آلة المزارعة فهو أن يكون البقر فى العقد تابعا فان جعل مقصودا فى العقد تفسد المزارعة وقد تقدم بيانه فى الفصل المتقدم بما فيه كفاية

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع الى مدة المزارعة فهو أن تكون المدة معلومة فلا تصح المزارعة الا بعد بيان المدة لانها استئجار ببعض الخارج ولا تصح الاجارة مع جهالة المدة وهذا هو القياس فى المعاملة أن لا تصح الا بعد بيان المدة لانها استئجار العامل ببعض الخارج فكانت اجارة بمنزلة المزارعة الا انها جازت فى الاستحسان لتعامل الناس ذلك من غير بيان المدة وتقع على أول جزء يخرج من الثمرة فى أول السنة لان وقت ابتداء المعاملة معلوم (فأما) وقت ابتداء المزارعة فيتفاوت حتى انه لو كان فى موضع لا يتفاوت يجوز من غير بيان المدة وهو على أول زرع يخرج كذا ذكر محمد ابن سلمة أن بيان المدة فى ديارنا ليس بشرط كما فى المعاملة

﴿فصل﴾ وأما الشرائط المفسدة للمزارعة فأنواع وقد دخل بعضها فى بيان الشرائط المصححة (منها) شرط كون الخارج لاحدهما لانه شرط يقطع الشركة التى هى من خصائص العقد (ومنها) شرط العمل على صاحب الارض لان ذلك يمنع التسليم وهو التخلية (ومنها) شرط البقر عليه لان فيه جعل منفعة البقر معقودا عليها مقصودة فى باب المزارعة ولا سبيل اليه (ومنها) شرط العمل والارض جميعا من جانب واحد لان ذلك خلاف مورد الشرع الذى هو خلاف القياس على مامر فى الفصول المتقدمة (ومنها) شرط الحمل والحفظ على المزارع بعد القسمة لانه ليس من عمل المزارعة (ومنها) شرط الحصاد والرفع الى البيدر والدياس والتذرية لان الزرع لا يحتاج اليه اذ لا يتعلق به صلاحه والاصل أن كل عمل يحتاج اليه الزرع قبل تناهيه وادراكه وجفافه مما يرجع الى اصلاحه من السقى والحفظ وقلع الحشاوة وحفر الانهار وتسوية المسناة ونحوها فعلى المزارع لان ماهو المقصود من الزرع وهو النماء لا يحصل بدونه عادة فكان من توابع المعقود عليه فكان من عمل المزارعة فيكون على المزارع وكل عمل يكون بعد تناهى الزرع وادراكه وجفافه قبل قسمة الحب مما يحتاج اليه لخلوص الحب وتنقيته يكون بينهما على شرط الخارج لانه ليس من عمل المزارعة ولهذا قالوا لو دفع أرضا مزارعة وفيها زرع قد استحصد لا يجوز لانقضاء وقت عمل المزارعة اذ العمل

فيه بعد الادراك مما لا يفيده وكل عمل يكون بعد القسمة من الحمل الى البيت ونحوه مما يحتاج اليه لاحراز المقسوم فعلى كل واحد منهما فى نصيبه لان ذلك مؤنة ملكه فيلزمه دون غيره وروى عن أبى يوسف انه أجاز شرط الحصاد ورفع البيدر والدياس والتذرية على المزارع لتعامل الناس وبعض مشايخنا بما وراء النهر يفتون به أيضا وهو اختيار نصير بن يحيى ومحمد بن سلمة من مشايخ خراسان والجذاذ فى باب المعاملة لا يلزم العامل بلا خلاف (أما) فى ظاهر الرواية فلا يشكل وأما على رواية أبى يوسف فلانعدام التعامل فيه ولو باع الزرع قصيلا فاجتمعا على أن يقصلاه كان القصل على كل واحد منهما فى قدر شرط الحب لانه بمنزلة شرط الحصاد (ومنها) شرط التبن لمن لا يكون البذر من قبله وجملته ان هذا لا يخلو من ثلاثة أوجه اما ان شرطا أن يكون التبن بينهما واما ان سكتا عنه واما ان شرطا أن يكون لاحدهما دون الآخر فان شرطا أن يكون بينهما لا شك أنه يجوز لانه شرط مقرر مقتضى العقد لان الشركة فى الخارج من الزرع من معانى هذا العقد على ما مر وان سكتا عنه يفسد عند أبى يوسف وعند محمد لا يفسد ويكون لصاحب البذر منهما وذكر الطحاوى ان محمدا رجع الى قول أبى يوسف (وجه) قول محمد ان ما يستحقه صاحب البذر يستحقه ببذره لا بالشرط فكان شرط التبن والسكوت عنه بمنزلة واحدة (وجه) قول أبى يوسف ان كل واحد منهما أعنى الحب والتبن مقصود من العقد فكان السكوت عن التبن بمنزلة السكوت عن الحب وذا مفسد بالاجماع فكذا هذا وان شرطا أن يكون لاحدهما دون الآخر فان شرطاه لصاحب البذر جاز ويكون له لان صاحب البذر يستحقه من غير شرط لكونه نماء ملكه فالشرط لا يزيده الا تأكيدا وان شرطاه لمن لا بذر له فسدت المزارعة لان استحقاق صاحب البذر التبن بالبذر لا بالشرط لانه نماء ملكه ونماء ملك الانسان ملكه فصار شرط كون التبن لمن لا بذر من قبله بمنزلة شرط كون الحب له وذا مفسد كذا هذا (ومنها) أن يشترط صاحب الارض على المزارع عملا يبقى أثره ومنفعته بعد مدة المزارعة كبناء الحائط والسرقند واستحداث حفر النهر ورفع المسناة ونحو ذلك مما يبقى أثره ومنفعته الى ما بعد انقضاء المدة لانه شرط لا يقتضيه العقد وأما الكراب فلا يخلو فى الاصل من وجهين (اما) ان شرطاه فى العقد واما ان سكتا عنه فان سكتا عنه هل يدخل تحت عقد المزارعة حتى يجبر المزارع عليه لو امتنع أولا فسنذكره فى حكم المزارعة الصحيحة ان شاء الله تعالى وان شرطاه فى العقد فلا يخلو أيضا من وجهين اما ان شرطاه مطلقا عن صفة التثنية واما ان شرطاه مقيدا بها فان شرطاه مطلقا عن الصفة قال بعضهم انه يفسد العقد لان أثره يبقى الى ما بعد المدة وقال عامتهم لا يفسد وهو الصحيح لان الكراب بدون التثنية مما يبطل السقى على وجه لا يبقى له أثر ومنفعة بعد المدة فلم يكن شرطه مفسدا للعقد وان شرطاه مع التثنية فسدت المزارعة لان التثنية اما أن تكون عبارة عن الكراب مرتين مرة للزراعة ومرة بعد الحصاد ليرد الارض على صاحبها مكروبة وهذا شرط فاسد لا شك فيه لما ذكرنا أنه شرط عمل ليس هو من عمل المزارعة لان الكراب بعد الحصاد ليس من عمل المزارعة فى هذه السنة واما أن يكون عبارة عن فعل الكراب مرتين قبل الزراعة وانه عمل يبقى أثره ومنفعته الى ما بعد المدة فكان مفسدا حتى انه لو كان فى موضع لا يبقى لا يفسد كذا قال بعض مشايخنا ولو دفع الارض مزارعة على أنه ان زرعها بغير كراب فللمزارع الربع وان زرعها بكراب فله الثلث وان كربها وثناها فله النصف فهو جائز على ما شرطا كذا ذكر فى الاصل وهذا مشكل فى شرط الكراب مع التثنية لانه شرط مفسد فينبغى أن يفسدها هذا الشرط واذا عمل يكون له أجر مثل عمله فاما شرط الكراب وعدمه فصحيح على الشرط المذكور لانه غير مفسد وبعضهم صححوا جواب الكتاب وفرقوا بين هذا الشرط وبين شرط التثنية بفرق لم يتضح وفرع فى الاصل فقال ولو زرع بعض الارض بكراب وبعضها بغير كراب وبعضها بثنيان فهو جائز والشرط بينهما فى كل الارض نافذ على ما شرطا كذا ذكر فى الاصل وهذا بناء على الاول لانه ان شرط التثنية فى كل الارض عند اختيار ذلك يصح فى البعض بالطريق الاولى

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم المزارعة الصحيحة عند من يجيزها فنقول وبالله التوفيق للمزارعة الصحيحة أحكام

(منها) ان كل ما كان من عمل المزارعة مما يحتاج الزرع اليه لاصلاحه فعلى المزارع لان العقد تناوله وقد بيناه (ومنها) ان كل ما كان من باب النفقة على الزرع من السرقين وقلع الحشاوة ونحو ذلك فعليهما على قدر حقهما وكذلك الحصاد والحمل الى البيدر والدياس وتذريته لما ذكرنا ان ذلك ليس من عمل المزارعة حتى يختص به المزارع (ومنها) أن يكون الخارج بينهما على الشرط المذكور لان الشرط قد صح فيلزم الوفاء به لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم (ومنها) انها اذا لم تخرج الارض شيأ فلا شيء لواحد منهما لا أجر العمل ولا أجر الارض سواء كان البذر من قبل العامل أو من قبل رب الارض بخلاف المزارعة الفاسدة انه يجب فيها أجر المثل وان لم تخرج الارض شيأ والفرق أن الواجب فى العقد الصحيح هو المسمى وهو بعض الخارج ولم يوجد الخارج فلا يجب شيء والواجب فى المزارعة الفاسدة أجر مثل العمل فى الذمة لا فى الخارج فانعدام الخارج لا يمنع وجوبه فى الذمة فهو الفرق (ومنها) ان هذا العقد غير لازم فى جانب صاحب البذر لازم فى جانب صاحبه لو امتنع بعد ما عقد عقد المزارعة على الصحة وقال لا أريد زراعة الارض له ذلك سواء كان له عذر أو لم يكن ولو امتنع صاحبه ليس له ذلك الا من عذر وعقد المعاملة لازم ليس لواحد منهما أن يمتنع الا من عذر والفرق بين هذه الجملة ان صاحب البذر لا يمكنه المضى فى العقد الا باتلاف ملكه وهو البذر لان البذر يهلك فى التراب فلا يكون الشروع فيه ملزما فى حقه اذ الانسان لا يجبر على اتلاف ملكه ولا كذلك من ليس البذر من قبله والمعاملات لانه ليس فى لزوم المضى اياهم اتلاف ملكهم فكان الشروع فى حقهم ملزما ولا ينفسخ الا من عذر كما فى سائر الاجارات وسواء كان المزارع كرب الارض أو لم يكربها لان ماذكرنا من المعنى لا يوجب الفصل بينهما ولا شيء للعامل فى عمل الكراب على ما نذكره فى حكم المزارعة المنفسخة ان شاء الله تعالى ومنها ولاية جبر المزارع على الكراب وعدمها وهذا على وجهين اما ان شرطا الكراب فى العقد واما ان سكتا عن شرطه فان شرطاه يجبر عليه لانه شرط صحيح فيجب الوفاء به وان سكتا عنه ينظر ان كانت الارض مما يخرج الزرع بدون الكراب زرعا معتادا يقصد مثله فى عرف الناس لا يجبر المزارع عليه وان كانت مما لا يخرج أصلا أو يخرج ولكن شيأ قليلا لا يقصد مثله بالعمل يجبر على الكراب لان مطلق عقد المزارعة يقع على الزراعة المعتادة وعلى هذا اذا امتنع المزارع عن السقى وقال ادعها حتى تسقيها السماء فهو على قياس هذا التفصيل انه ان كان الزرع مما يكتفى بماء السماء ويخرج زرعا معتادا بدونه لا يجبر على السقى وان كان مع السقى أجود فان كان مما لا يكتفى به يجبر على السقى لما قلنا (ومنها) جواز الزيادة على الشرط المذكور من الخارج والحط عنه وعدم الجواز والاصل فيه ان كلما احتمل انشاء العقد عليه احتمل الزيادة وما لا فلا والحط جائز فى الحالين جميعاً كما فى الزيادة فى الثمن فى باب البيع اذا عرف هذا فنقول الزيادة والحط فى المزارعة على وجهين اما ان يكون من المزارع واما أن يكون من صاحب الارض ولا يخلو اما أن يكون البذر من قبل المزارع واما أن يكون من صاحب الارض بعد ما استحصد الزرع أو قبل أن يستحصد فان كان من بعد ما استحصد والبذر من قبل العامل وكانت المزارعة على النصف مثلا فزاد المزارع صاحب الارض السدس فى حصته وجعل له الثلثين ورضى به صاحب الارض لا تجوز الزيادة والخارج بينهما على الشرط نصفان وان زاد صاحب الارض المزارع السدس فى حصته وتراضيا فالزيادة جائزة لان الاول زيادة على الاجرة بعد انتهاء عمل المزارعة باستيفاء المعقود عليه وهو المنفعة وانه لا يجوز ألا ترى انهما لو أنشآ العقد بعد الحصاد لا يجوز فكذلك الزيادة والثانى حط من الاجرة وانه لا يستدعى قيام المعقود عليه كما فى باب البيع هذا اذا كان البذر من قبل العامل فان كان من قبل صاحب الارض فزاد صاحب الارض لا يجوز وان زاد المزارع جاز لما قلنا هذا اذا زاد أحدهما بعد ما استحصد الزرع فان زاد قبل أن يستحصد جاز أيهما كان لان الوقت يحتمل انشاء العقد فيحتمل الزيادة أيضا بخلاف الفصل الاول

﴿ فصل ﴾ وأما حكم المزارعة الفاسدة فأنواع (منها) انه لا يجب على المزارع شيء من أعمال المزارعة لان

وجوبه

وجوبه بالعقد ولم يصح (ومنها) ان الخارج يكون كله لصاحب البذر سواء كان رب الارض أو المزارع لان استحقاق صاحب البذر الخارج لكونه نماء ملكه لا بالشرط لوقوع الاستغناء بالملك عن الشرط واستحقاق الاجر الخارج بالشرط وهو العقد فاذا لم يصح الشرط استحقه صاحب الملك ولا يلزمه التصدق بشيء لانه نماء ملكه (ومنها) ان البذر اذا كان من قبل صاحب الارض كان للعامل عليه أجر المثل لان البذر اذا كان من قبل صاحب الارض كان هو مستأجرا للعامل فاذا فسدت الاجارة وجب أجر مثل عمله واذا كان البذر من قبل العامل كان عليه لرب الارض أجر مثل أرضه لان البذر اذا كان من قبل العامل يكون هو مستأجرا للارض فاذا فسدت الاجارة يجب عليه أجر مثل أرضه (ومنها) ان البذر اذا كان من قبل صاحب الارض واستحق الخارج وغرم للعامل أجر مثل عمله فالخارج كله له طيب لانه حاصل من ملكه وهو البذر فى ملكه وهو الارض واذا كان من قبل العامل واستحق الخارج وغرم لصاحب الارض أجر مثل أرضه فالخارج كله لا يطيب له بل يأخذ من الزرع قدر بذره وقدر أجر مثل الارض و يطيب ذلك له لانه سلم له بعوض ويتصدق بالفضل على ذلك لانه وان تولد من بذره لكن فى أرض غيره بعقد فاسد فتمكنت فيه شبهة الخبث فكان سبيله التصدق (ومنها) ان أجر المثل لا يجب فى المزارعة الفاسدة ما لم يوجد استعمال الارض لان المزارعة عقد اجارة والاجرة فى الاجارة الفاسدة لا تجب الا بحقيقة الاستعمال ولا تجب بالتخلية لانعدام التخلية فيها حقيقة اذ هى عبارة عن رفع الموانع والتمكن من الانتفاع حقيقة وشرعا ولم يوجد بخلاف الاجارة الصحيحة على ما عرف فى الاجارات (ومنها) ان أجر المثل يجب فى المزارعة الفاسدة وان لم تخرج الارض شيأ بعد ان استعملها المزارع وفى المزارعة الصحيحة اذا لم تخرج شيأ لا يجب شيء لواحد منهما وقد مر الفرق فيما تقدم (ومنها) ان أجر المثل فى المزاعة الفاسدة يجب مقدرا بالمسمى عند أبى يوسف وعند محمد يجب تاما وهذا اذا كانت الاجرة وهو حصة كل واحد منهما مسماة فى العقد فان لم يكن يجب أجر المثل تاما بالاجماع (وجه) قول محمد رحمه الله أن الاصل فى الاجارة وجوب أجر المثل لانها عقد معاوضة وهو تمليك المنفعة بعوض ومبنى المعاوضات على المساواة بين البدلين وذلك فى وجوب أجر المثل لانه المثل الممكن فى الباب اذ هو قدر قيمة المنافع المستوفاة الا أن فيه ضرب جهالة وجهالة المعقود عليه تمنع صحة العقد فلا بد من تسمية البدل تصحيحا للعقد فوجب المسمى على قدر قيمة المنافع أيضا فاذا لم يصح العقد لفوات شرط من شرائطه وجب المصير الى البدل الاصلى للمنافع وهو أجر المثل ولهذا اذا لم يسم البدل أصلا فى العقد وجب أجر المثل بالغا ما بلغ (وجه) قول أبى يوسف ان الاصل ما قاله محمد وهو وجوب أجر المثل بدلا عن المنافع قيمة لها لانه هو المثل بالقدر الممكن لكن مقدرا بالمسمى لانه كما يجب اعتبار المماثلة فى البدل فى عقد المعاوضة بالقدر الممكن يجب اعتبار التسمية بالقدر الممكن لان اعتبار تصرف العاقل واجب ما أمكن وأمكن ذلك بتقدير أجر المثل بالمسمى لان المستأجر ما رضى بالزيادة على المسمى والآجر ما رضى بالنقصان عنه فكان اعتبار المسمى فى تقدير أجر المثل به عملا بالدليلين و رعاية للجانبين بالقدر الممكن فكان أولى بخلاف ما اذا لم يكن البدل مسمى فى العقد لان البدل اذا لم يكن مسمى أصلا لا حاجة الى اعتبار التسمية فوجب اعتبار أجر المثل فهو الفرق

﴿ فصل ﴾ وأما المعانى التى هى عذر فى فسخ المزارعة فأنواع بعضها يرجع الى صاحب الارض و بعضها يرجع الى المزارع (أما) الاول الذى يرجع الى صاحب الارض فهو الدين الفادح الذى لا قضاء له الا من ثمن هذه الارض تباع فى الدين و يفسخ العقد بهذا العذر اذا أمكن الفسخ بان كان قبل الزراعة أو بعدها اذا ادرك الزرع و بلغ مبلغ الحصاد لانه لا يمكنه المضى فى العقد الا بضرر يلحقه فلا يلزمه تحمل الضرر فيبيع القاضى الارض بدينه أولا ثم يفسخ المزارعة ولا تنفسخ بنفس العذر وان لم يمكن الفسخ بان كان الزرع لم يدرك ولم يبلغ مبلغ الحصاد لا يباع فى الدين ولا يفسخ الى أن يدرك الزرع لان فى البيع ابطال حق العامل وفى الانتظار الى وقت الادراك تأخير حق صاحب الدين

وفيه رعاية الجانبين فكان أولى و يطلق من الحبس ان كان محبوسا الى غاية الادراك لان الحبس جزاء الظلم وهو المطل وانه غير مماطل قبل الادراك لكونه ممنوعا عن بيع الارض شرعا والممنوع معذور فاذا أدرك الزرع يرد الى الحبس ثانيا ليبيع أرضه و يؤدى دينه بنفسه والا فيبيع القاضى عليه (وأما) الثانى الذى يرجع الى المزارع فنحو المرض لانه معجز عن العمل والسفر لانه يحتاج اليه وترك حرفة الى حرفة لان من الحرف مالا يغنى من جوع فيحتاج الى الانتقال الى غيره ومانع يمنعه من العمل على ما عرف فى كتاب الاجارة

﴿فصل﴾ وأما الذى ينفسخ به عقد المزارعة بعد وجوده فأنواع (منها) الفسخ وهو نوعان صريح ودلالة فالصريح أن يكون بلفظ الفسخ والاقالة لان المزارعة مشتملة على الاجارة والشركة وكل واحد منهما قابل لصريح الفسخ والاقالة وأما الدلالة فنوعان الاول امتناع صاحب البذر عن المضى فى العقد بان قال لا أريد مزارعة الارض ينفسخ العقد لما ذكرنا ان العقد غير لازم فى حقه فكان بسبيل من الامتناع عن المضى فيه من غير عذر و يكون ذلك فسخا منه دلالة والثانى حجر المولى على العبد المأذون بعد ما دفع الارض والبذر مزارعة و بيان ذلك ان العبد المأذون اذا دفع الارض والبذر مزارعة فحجره المولى قبل المزارعة ينفسخ العقد حتى يملك منع المزارع عن المزارعة لان العقد لم يقع لازما من جهة العبد لانه صاحب بذر فيملك المولى منعه عن الزراعة بالحجر كما كان يملك العبد منعه قبل الحجر ولو كان البذر من جهة المزارع لا ينفسخ العقد حتى لا يملك المولى ولا العبد منع المزارع عن المزارعة لان العقد لازم من قبل صاحب البذر ولهذا لا يملك العبد منعه عن الزراعة قبل الحجر فلا يملك المولى منعه بالحجر أيضا هذا اذا دفع الارض مزارعة فاما اذا أخذها مزارعة فان كان البذر من قبله انفسخ العقد لانه اذا حجر عليه فقد عجز عن العمل وانه يوجب انفساخ العقد لفوات المعقود عليه وان كان البذر والارض من قبل صاحب البذر لا ينفسخ العقد بالحجر لانه بالحجر لم يعجز عن العمل الا أن للمولى منعه عن العمل لما فيه من اتلاف ملكه وهو البذر فله أن يفسخ مالا ينفسخ بالحجر هذا اذا حجر على العبد المأذون فاما اذا لم يحجر عليه ولكن نهاه عن الزراعة أو فسخ العقد بعد الزراعة أو نهى قبل ذلك الا أنه لم يحجر عليه فالنهى باطل وكذلك نهى الاب الصبى المأذون قبل عقد المزارعة أو بعده لا يصح لان النهى عن الزراعة والفسخ بعدها من باب تخصيص الاذن بالتجارة والاذن بالتجارة مما لا يحتمل التخصيص (ومنها) انقضاء مدة المزارعة لانها اذا انقضت فقد انتهى العقد وهو معنى الانفساخ (ومنها) موت صاحب الارض سواء مات قبل الزراعة أو بعدها وسواء أدرك الزرع أو هو بقل لان العقد أفاد الحكم له دون وارثه لانه عاقد لنفسه والاصل أن من عقد لنفسه بطريق الاصالة فحكم تصرفه يقع له لا لغيره الا لضرورة (ومنها) موت المزارع سواء مات قبل الزراعة أو بعدها بلغ الزرع حد الحصاد أو لم يبلغ لما ذكرنا

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم المزارعة المنفسخة فنقول و بالله التوفيق لا يخلو من وجهين اما ان انفسخت قبل الزراعة أو بعدها فان انفسخت قبل الزراعة لا شئ للعامل وان كرب الارض وحفر الانهار وسوى المسنيات بأى طريق انفسخ سواء انفسخ بصريح الفسخ أو بدليله أو بانقضاء المدة أو بموت أحد المتعاقدين لان الفسخ يظهر أثره فى المستقبل بانتهاء حكمه لا فى الماضى فلا يتبين أن العقد لم يكن صحيحا والواجب فى العقد الصحيح المسمى وهو بعض الخارج ولم يوجد فلا شئ وقيل هذا جواب الحكم فأما فيما بينه و بين الله تعالى عليه أن يرضى العامل فيما اذا امتنع عن المضى فى العقد قبل الزراعة ولا يحل له الامتناع شرعا فانه يشبه التغرير وانه حرام وان انفسخت بعد الزراعة فان كان الزرع قد أدرك و بلغ الحصاد فالحصاد والخارج بينهما على الشرط وان كان لم يدرك فكذا الجواب فى صريح الفسخ ودليله وانقضاء المدة لان الزرع بينهما على الشرط والعمل فيما بقى الى وقت الحصاد عليهما وعلى المزارع أجر مثل نصف الارض لصاحب الارض (أما) الزرع بينهما على الشرط فلما مر ان انفساخ العقد يظهر أثره فى المستقبل لا فى الماضى فبقى الزرع بينهما على ما كان قبل الانفساخ (وأما) العمل فيما بقى الى وقت الحصاد

عليهما

عليهما الا انه عمل فى مال مشترك لم يشترط العمل فيه على أحدهما فيكون عليهما وعلى المزارع أجر مثل نصف الارض لصاحب الارض لان العقد قد انفسخ وفى القلع ضرر بالمزارع وفى الترك بغير أجر ضرر بصاحب الارض فكان الترك بأجر المثل نظرا من الجانبين بخلاف ما اذا مات صاحب الارض والزرع بقل ان العمل يكون على المزارع خاصة لان هنالك انفسخ العقد حقيقة لوجود سبب الفسخ وهو الموت الا انا بقيناه تقديرا دفعا للضرر عن المزارع لانه لو انفسخ لثبت لصاحب الارض حق القلع وفيه ضرر بالمزارع فجعل هذا عذرا فى بقاء العقد تقديرا فاذا بقى العقد كان العمل على المزارع خاصة كما كان قبل الموت وهذا لا يتضح فان انفق أحدهما من غير اذن صاحبه ومن غير أمر القاضى فهو متطوع ولو أراد صاحب الارض أن يأخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك لان فيه ضررا بالمزارع ولو أراد المزارع أن يأخذه بقلا فصاحب الارض بين خيارات ثلاث ان شاء قلع الزرع فيكون بينهما وان شاء أعطى المزارع قيمة نصيبه من الزرع وان شاء أنفق هو على الزرع من ماله ثم يرجع على المزارع بحصته لان فيه رعاية الجانبين (وأما) فى موت أحد المتعاقدين أما اذا مات رب الارض بعد ما دفع الارض مزارعة ثلاث سنين ونبت الزرع وصار بقلا تترك الارض فى يدى المزارع الى وقت الحصاد ويقسم على الشرط المذكور لان فى الترك الى وقت الحصاد نظرا من الجانبين وفى القلع اضرارا بأحدهما وهو المزارع ويكون العمل على المزارع خاصة لبقاء العقد تقديرا فى هذه السنة فى هذا الزرع وان مات المزارع والزرع بقل فقال ورثته نحن نعمل على شرط المزارعة وأبى ذلك صاحب الارض فالامر الى ورثة المزارع لان فى القلع ضررا بالورثة ولا ضرر بصاحب الارض فى الترك الى وقت الادراك واذا ترك لا أجر للورثة فيما يعملون لانهم يعملون على حكم عقد أبيهم تقديرا فكأنه يعمل أبوهم وان أراد الورثة قلع الزرع لم يجبروا على العمل لان العقد ينفسخ حقيقة الا انا بقيناه باختيارهم نظرا لهم فان امتنعوا عن العمل بقى الزرع مشتركا فاما أن يقسم بينهم بالحصص أو يعطيهم صاحب الارض قدر حصتهم من الزرع البقل أو ينفق من مال نفسه الى وقت الحصاد ثم يرجع عليهم بحصتهم لان فيه رعاية الجانبين والله تعالى أعلم

﴿ كتاب المعاملة ﴾

وقد يسمى كتاب المساقاة والكلام فى هذا الكتاب فى المواضع التى ذكرناها فى المزارعة أما معنى المعاملة لغة فهو مفاعلة من العمل وفى عرف الشرع عبارة عن العقد على العمل ببعض الخارج مع سائر شرائط الجواز وأما شرعيتها فقد اختلف العلماء فيها قال أبو حنيفة عليه الرحمة انها غير مشروعة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله والشافعى رحمه الله مشروعة واحتجوا بحديث خيبر انه عليه الصلاة والسلام دفع نخيلهم معاملة ولابى حنيفة رحمه الله أن هذا استئجار ببعض الخارج وانه منهى عنه على ما ذكرنا فى كتاب المزارعة وقد مر الجواب عن الاستدلال بحديث خيبر فلا نعيده (وأما) ركنها فهو الايجاب والقبول على نحو ما ذكرنا فيما تقدم من غير تفاوت وأما الشرائط المصححة لها على قول من يجيزها فما ذكرنا فى كتاب المزارعة (منها) أن يكون العاقدان عاقلين فلا يجوز عقد من لا يعقل فأما البلوغ فليس بشرط وكذا الحرية على نحو ما مر فى كتاب المزارعة (ومنها) أن لا يكونا مرتدين فى قول أبى حنيفة على قياس قول من أجاز المعاملة حتى لو كان أحدهما مرتدا وقفت المعاملة ثم ان كان المرتد هو الدافع فان أسلم فالخارج بينهما على الشرط وان قتل أو مات أو لحق فالخارج كله للدافع لانه نماء ملكه وللآخر أجر المثل اذا عمل وعندهما الخارج بين العامل المسلم وبين ورثة الدافع على الشرط فى الحالين كما اذا كانا مسلمين وان كان المرتد هو العامل فان أسلم فالخارج بينهما على الشرط وان قتل أو مات على الردة أو لحق فالخارج بين الدافع المسلم وبين ورثة العامل المرتد على الشرط بالاجماع لما مر فى المزارعة هذا اذا كانت المعاملة بين مسلم ومرتد فأما اذا كانت بين مسلمين ثم ارتدا أو ارتد أحدهما فالخارج على الشرط لما مر فى كتاب المزارعة ويجوز معاملة المرتدة دفعا واحداً

بالاجماع (ومنها) أن يكون المدفوع من الشجر الذى فيه ثمرة معاملة فيما يزيد ثمره بالعمل فان كان المدفوع نخلا فيه طلع أو بسر قد احمر أو اخضر الا أنه لم يتناه عظمه جازت المعاملة وان كان قد تناهى عظمه الا أنه لم يرطب فالمعاملة فاسدة لانه اذا تناهى عظمه لا يؤثر فيه العمل بالزيادة عادة فلم يوجد العمل المشروط عليه فلا يستحق الخارج بل يكون كله لصاحب النخل (ومنها) أن يكون الخارج لهما فلو شرطا أن يكون لاحدهما فسدت لما علم (ومنها) أن تكون حصة كل واحد منهما من بعض الخارج مشاعا معلوم القدر لما علم (ومنها) أن يكون محل العمل وهو الشجر معلوما وبيان هذه الجملة فى كتاب المزارعة (ومنها) التسليم الى العامل وهو التخلية حتى لو شرطا العمل عليهما فسدت لانعدام التخلية فأما بيان المدة فليس بشرط لجواز المعاملة استحسانا ويقع على أول ثمرة تخرج فى أول السنة بخلاف المزارعة والقياس أن يكون شرطا لان ترك البيان يؤدى الى الجهالة كما فى المزارعة الا انه ترك القياس لتعامل الناس ذلك من غير بيان المدة ولم يوجد ذلك فى المزارعة حتى انه لو وجد التعامل به فى موضع يجوز من غير بيان المدة وبه كان يفتى محمد بن سلمة على ما مر فى المزارعة ولو دفع أرضا ليزرع فيها الرطاب أو دفع أرضا فيها أصول رطبة نابتة ولم يسم المدة فان كان شيأ ليس لابتداء نباته ولا لانتهاء جذه وقت معلوم فالمعاملة فاسدة وان كان وقت جذه معلوما يجوز ويقع على الجذة الاولى كما فى الشجرة المثمرة

﴿فصل﴾ وأما الشرائط المفسدة للمعاملة فأنواع دخل بعضها فى الشرائط المصححة للعقد لان ما كان وجوده شرطا للصحة كان انعدامه شرطا للافساد (منها) شرط كون الخارج كله لاحدهما (ومنها) شرط أن يكون لاحدهما قفزان مسماة (ومنها) شرط العمل على صاحب الارض (ومنها) شرط الحمل والحفظ بعد القسمة على العامل لما ذكرنا فى كتاب المزارعة (ومنها) شرط الجذاذ والقطاف على العامل بلا خلاف لانه ليس من المعاملة فى شئ ولانعدام التعامل به أيضا فكان من باب مؤنة الملك والملك مشترك بينهما فكانت مؤنته عليهما على قدر ملكيهما (ومنها) شرط عمل تبقى منفعته بعد انقضاء مدة المعاملة نحو السرقية ونصب العرايش وغرس الاشجار وتقليب الارض وما أشبه ذلك لانه لا يقتضيه العقد ولا هو من ضرورات المعقود عليه ومقاصده (ومنها) شركة العامل فيما يعمل فيه لان العامل أجير رب الارض واستئجار الانسان للعمل فى شئ هو فيه شريك المستأجر لا يجوز حتى ان النخل لو كان بين رجلين فدفعه أحدهما الى صاحبه معاملة مدة معلومة على أن الخارج بينهما أثلاث ثلثاه للشريك العامل وثلثه للشريك الساكت فالمعاملة فاسدة والخارج بينهما على قدر الملك ولا أجر للعامل على شريكه لما مر أن فى المعاملة معنى الاجارة ولا يجوز الاستئجار لعمل فيه الاجير شريك المستأجر واذا عمل لا يستحق الاجر على شريكه لما عرف فى الاجارات ولا يشبه هذا المزارعة لان الارض اذا كانت مشتركة بين اثنين دفعها أحدهما الى صاحبه مزارعة على أن يزرعها ببذره وله ثلثا الخارج انه يجوز المزارعة لان هناك لم يتحقق الاستئجار للعمل فى شىء الاجير فيه شريك المستأجر لانعدام الشركة فى البذر وهنا تحقق لثبوت الشركة فى النخل فهو الفرق ولا يتصدق واحد منهما بشىء من الخارج لانه خالص ماله لكونه نماء ملكه ولو شرطا أن يكون الخارج لهما على قدر ملكيهما جازت المعاملة لان استحقاق كل واحد منهما أعنى من الشريكين لكونه نماء ملكه لا بالعمل بل العامل منهما معين لصاحبه فى العمل من غير عوض فلم يتحقق الاستئجار ولو أمر الشريك الساكت الشريك العامل أن يشترى ما يلقح به النخل فاشتراه رجع عليه بنصف ثمنه لانه اشترى مالا متقوما على الشركة بامره فيرجع عليه وسواء كان العامل فى عقد المعاملة واحدا أو أكثر حتى لو دفع رجل نخله الى رجلين معاملة بالنصف أو بالثلث جاز وسواء سوى بينهما فى الاستحقاق أو جعل لاحدهما فضلا لان كل واحد منهما أجير صاحب الارض فكان استحقاق كل واحد منهما بالشرط فيتقدر بقدر الشرط ولو شرط لاحد العاملين مائة درهم على رب الارض والآخر ثلث الخارج ولرب الارض الثلثان جاز لان الواجب لكل واحد منهما أجرة مشروطة فيجب على حسب ما يقتضيه الشرط ولو

شرطا لصاحب النخل الثلث ولاحد العاملين الثلثين وللآخر أجر مائة درهم على العامل الذى شرط له الثلثان فهو فاسد ولا يشبه هذا المزارعة ان من دفع الارض مزارعة على ان لرب الارض الثلث وللمزارع الثلثان على أن يعمل فلان معه بثلث الخارج ان المزارعة جائزة بين رب الارض والمزارع فاسدة فى حق الثالث لان المعاملة استئجار العامل والاجرة تجب على المستأجر دون الاجير بمقابلة العمل والعمل للمستأجر فكانت الاجرة عليه فاذا اشترطها على الاجير فقد استأجره ليعمل له على أن تكون الاجرة على غيره ولا سبيل اليه فيفسد العقد وهذا هو الموجب للفساد فى حق الثالث فى باب المزارعة الا انه صح فيما بين صاحب الارض والمزارع لانه جعل بمنزلة عقدين ففساد أحدهما لا يوجب فساد الآخر وهذا مع هذا التكلف غير واضح ويتضح ان شاء الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وأما حكم المعاملة الصحيحة عند مجيزها فأنواع (منها) ان كل ما كان من عمل المعاملة مما يحتاج اليه الشجر والكرم والرطاب وأصول الباذنجان من السقى واصلاح النهر والحفظ والتلقيح للنخل فعلى العامل لانها من توابع المعقود عليه فيتناوله العقد وكلما كان من باب النفقة على الشجر والكرم والارض من السرقين وتقليب الارض التى فيها الكرم والشجر والرطاب ونصب العرايش ونحو ذلك فعليهما على قدر حقهما لان العقد لم يتناوله لا مقصودا ولا ضرورة وكذلك الجذاذ والقطاف لان ذلك يكون بعد انتهاء العمل فلا يكون من حكم عقد المعاملة (ومنها) أن يكون الخارج بينهما على الشرط لما مر (ومنها) أنه اذا لم يخرج الشجر شيأ فلا شىء لواحد منهما بخلاف المزارعة الفاسدة لما مر من الفرق فى كتاب المزارعة (ومنها) ان هذا العقد لازم من الجانبين حتى لا يملك أحدهما الامتناع والفسخ من غير رضا صاحبه الا من عذر بخلاف المزارعة فانها غير لازمة فى جانب صاحب البذر وقد مر الفرق (ومنها) ولاية جبر العامل على العمل الا من عذر على ما قدمناه (ومنها) جواز الزيادة على الشرط والحط عنه وانعدام الجواز والاصل فيه ما مر فى كتاب المزارعة ان كل موضع احتمل انشاء العقد احتمل الزيادة والا فلا والحط جائز فى الموضعين أصله بالزيادة فى الثمن والمثمن فاذا دفع نخلا بالنصف معاملة فخرج الثمر فان لم يتناه عظمه جازت الزيادة منهما أيهما كان لان الانشاء للعقد فى هذه الحالة جائز فكانت الزيادة جائزة ولو تناهى عظم البسر جازت الزيادة من العامل لرب الارض شيأ ولا تجوز الزيادة من رب الارض للعامل شيأ لان هذه زيادة فى الاجرة لان العامل أجير والمحل لا يحتمل الزيادة ألا ترى انه لا يحتمل الانشاء والاول حط من الاجرة واحتمال الانشاء ليس بشرط لصحة الحط (ومنها) ان العامل لا يملك أن يدفع الى غيره معاملة الا اذا قال له رب الارض اعمل فيه برأيك لان الدفع الى غيره اثبات الشركة فى مال غيره بغير اذنه فلا يصح واذا قال له اعمل فيه برأيك فقد أذن له فصح ولو لم يقل له اعمل برأيك فيه فدفع العامل الى رجل آخر معاملة فعمل فيه فأخرج فهو لصاحب النخل ولا أجر للعامل الاول ولان استحقاقه بالشرط وهو شرط العمل ولم يوجد منه العمل بنفسه ولا بغيره أيضا لان عقده معه لم يصح فلم يكن عمله مضافا اليه وله على العامل الاول أجر مثل عمله يوم عمل لانه عمل له بأمره فاستحق أجر المثل ولو هلك الثمر فى يد العامل الاخير من غير عمله وهو فى رؤس النخل فلا ضمان على واحد منهما لانعدام الغصب من واحد منهما وهو تفويت يد المالك ولو هلك من عمله فى أمر خالف فيه أمر العامل الاول فالضمان لصاحب النخل على العامل الآخر دون الاول لان الخلاف قطع نسبة عمله اليه فبقى متلفا على المالك ماله فكان الضمان عليه ولو هلك فى يده من عمله فى أمر لم يخالف فيه أمر العامل الاول فلصاحب النخل أن يضمن أيهما شاء لانه اذا لم يوجد منه بخلاف بقى عمله مضافا اليه كانه عمل لنفسه فكان له أن يضمنه وله أن يضمن الثانى لانه فى معنى غاصب الغاصب فان اختار تضمين الاول لم يرجع على الآخر بشىء لانه عمل بأمر الاول فلو رجع عليه لرجع هو عليه أيضا فلا يفيد وان اختار تضمين الآخر يرجع على الاول لانه غره فى هذا العقد فيرجع عليه بضمان الغرور وهو ضمان السلامة هذا اذا لم يقل له اعمل فيه برأيك فاما اذا قال وشرط النصف فدفعه الى رجل آخر بثلث

الخارج فهو جائز لما ذكرنا وما خرج من الثمر فنصفه لرب النخل والسدس للعامل الاول لان شرط الثلث يرجع الى نصيبه خاصة لان العمل واجب عليه فبقى له السدس ضرورة وذكر محمد رحمه الله فى الاصل انه اذا لم يقل اعمل فيه برأيك وشرط له شيئاً معلوما وشرط الاول للثانى مثل ذلك فهما فاسدان ولا ضمان على العامل الاول

﴿ فصل ﴾ وأما حكم المعاملة الفاسدة فانواع ذكرناها فى المزارعة منها أنه لا يجبر العامل على العمل لان الجبر على العمل بحكم العقد ولم يصح ومنها أن الخارج كله لصاحب الارض لان استحقاق الخارج لكونه نماء ملكه واستحقاق العامل بالشرط ولم يصح فيكون لصاحب الملك ولا يتصدق بشئ منه لانه حصل عن خالص ملكه ومنها ان أجر المثل لا يجب فى المعاملة الفاسدة مالم يوجد العمل لما ذكرنا فى المزارعة ومنها أن وجوب أجر المثل فيها لا يقف على الخارج بل يجب وان لم يخرج الشجر شيأ بخلاف المعاملة الصحيحة وقد ذكرنا الفرق فى كتاب المزارعة ومنها أن أجر المثل فيها يجب مقدراً بالمسمى لا يتجاوزعنه عند أبى يوسف وعند محمد يجب تاما وهذا الاختلاف فيما اذا كانت حصة كل واحد منهما مسماة فى العقد فان لم تكن مسماة فى العقد يجب أجر المثل تاما بلا خلاف وقد مرت المسئلة فى كتاب المزارعة

﴿ فصل ﴾ وأما المعانى التى هى عذر فى فسخها فما ذكرنا فى كتاب المزارعة ومن الاعذار التى فى جانب العامل ان يكون سارقا معروفا بالسرقة فيخاف الثمر والسعف

﴿ فصل ﴾ وأما الذى ينفسخ به عقد المعاملة فانواع منها صريح الفسخ ومنها الاقالة ومنها انقضاء المدة ومنها موت المتعاقدين وقد مر فى كتاب المزارعة

﴿ فصل ﴾ وأما حكم المعاملة المنفسخة فعلى نحو حكم المزارعة المنفسخة والله تعالى أعلم

﴿ كتاب الشرب ﴾

الكلام فى هذا الكتاب فى مواضع فى بيان معنى الشرب لغة وشرعا وفى بيان أنواع المياه وفى بيان حكم كل نوع منها أما الاول فالشرب فى اللغة عبارة عن الحظ والنصيب من الماء قال الله تعالى عزشأنه قال هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وفى الآية الكريمة دلالة على جواز قسمة الشرب بالايام لان الله سبحانه وتعالى عزاسمه أخبر عن نبيه سيدنا صالح عليه الصلاة والسلام قبل ذلك ولم يعقبه بالفسخ فصارت شريعة لنا مبتدأة وبها استدل محمد رحمه الله فى كتاب الشرب لجواز قسمة الشرب بالايام وفى عرف الشرع عبارة عن حق الشرب والسقى وأما بيان أنواع المياه فنقول المياه أربعة أنواع الاول الماء الذى يكون فى الاوانى والظروف والثانى الماء الذى يكون فى الآبار والحياض والعيون والثالث ماء الانهار الصغار التى تكون لاقوام مخصوصين والرابع ماء الانهار العظام كجيحون وسيحون ودجلة والفرات ونحوها أما بيان حكم كل نوع منها على القسمة أما الاول فهو مملوك لصاحبه لا حق لاحد فيه لان الماء وان كان مباحا فى الاصل لكن المباح علك بالاستيلاء اذا لم يكن مملوكا لغيره كما اذا استولى على الحطب والحشيش والصيد فيجوز بيعه كما يجوز بيع هذه الاشياء وكذا السقاؤون يبيعون المياه المحروزة فى الظروف به جرت العادة فى الامصار وفى سائر الاعصار من غير نكير فلم يحل لاحد أن يأخذ منه فيشرب من غير اذنه ولو خاف الهلاك على نفسه من العطش فسأله فمنعه فان لم يكن عنده فضل فليس له أن يقاتله أصلا لان هذا دفع الهلاك عن نفسه باهلاك غيره لا بقصد اهلاكه وهذا لا يجوز وان كان عنده فضل ماء عن حاجته فللممنوع أن يقاتله ليأخذ منه الفضل لكن بما دون السلاح كما اذا أصابته مخمصة وعند صاحبه فضل طعام فسأله فمنعه وهو لا يجد غيره وأما الثانى الماء الذى يكون فى الحياض والآبار والعيون فليس بمملوك لصاحبه بل هو مباح فى نفسه سواء كان فى أرض مباحة أو مملوكة لكن له حق خاص فيه لان الماء فى الاصل خلق مباحا لقول النبى عليه

الصلاة

الصلاة والسلام الناس شركاء في ثلاث الماء والكلا والنار والشركة العامة تقتضي الاباحة الا أنه اذا جعل في اناء وأحرزه به فقد استولى عليه وهو غير مملوك لاحد فيصير مملوكا للمستولي كما في سائر المباحات الغير المملوكة واذا لم يوجد ذلك بقي على أصل الاباحة الثابتة بالشرع فلا يجوز بيعه لان محل البيع هو المال المملوك وليس له أن يمنع الناس من الشفة وهو الشرب بانفسهم وسقي دوابهم منه لانه مباح لهم وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن منع نبع البئر وهو فضل مائها الذي يخرج منها فلهم ان يسقوا منها لشفاههم ودوابهم فاما زروعهم وأشجارهم فله ان يمنع ذلك لما في الاطلاق من ابطال حقه أصلا الا اذا كان ذلك في أرض مملوكة فلصاحبها أن يمنعهم عن الدخول في أرضه اذا لم يضطروا اليه بان وجدوا غيره لان الدخول اضرار به من غير ضرورة فله ان يدفع الضرر عن نفسه وان لم يجدوا غيره واضطروا وخافوا الهلاك يقال له اما ان تأذن بالدخول واما ان تعطي بنفسك فان لم يعطهم ومنعهم من الدخول لهم ان يقاتلوه بالسلاح ليأخذوا قدر ما يندفع به الهلاك عنهم والاصل فيه ما روى أن قوما وردوا ماء فسألوا أهله أن يدلوهم على البئر فأبوا وسألوهم أن يعطوهم دلوا فأبوا فقالوا لهم أن أعناقنا وأعناق مطايانا كادت تقطع فأبوا فذكروا ذلك لسيدنا عمر رضي الله عنه فقال هلا وضعتم فيهم السلاح بخلاف الماء المحرز في الاواني والطعام حالة المخمصة لان الماء هناك مملوك لصاحبه وكذا الطعام فلا بد من مراعاة حرمة الملك لحرمة القتال بالسلاح ولا ملك هنالك بل هو على الاباحة الاصلية على ما بينا فاذا منعه أحد ماله حق أخذه قاتله بالسلاح كما اذا منعه ماله المملوك وأما الثالث الماء الذي يكون في الانهار التي تكون لاقوام مخصوصين فيتعلق به أحكام بعضها يرجع الى نفس الماء وبعضها يرجع الى الشرب وبعضها يرجع الى النهر أما الذي يرجع الى نفس الماء فهو انه غير مملوك لاحد لما ذكرنا أن الماء خلق مباح الاصل بالنص وانما يأخذ حكم الملك بالاحراز بالاواني فلا يجوز بيعه لعدم الملك ولو قال اسقني يوما من نهرك على ان أسقيك يوما من نهر كذا لا يجوز لان هذا مبادلة الماء بالماء فيكون بيعاً أو اجارة الشرب بالشرب وكل ذلك لا يجوز ولا تجوز اجارته لان الاجارة تمليك المنفعة لا تمليك العين ومنافعها ليست بمملوكة ولو استأجر حوضاً أو بئراً ليسقي منه ماء لا يجوز لان هذا استئجار الماء وكذا لو استأجر النهر ليصيد منه السمك لان هذا استئجار السمك وكذا لو استأجر أجمة ليحتطب لان هذا استئجار الحطب والاعيان لا تحتمل الاجارة وليس لصاحب النهر أن يمنع من الشفة وهو شرب الناس والدواب وله أن يمنع من سقي الزرع والاشجار لان له فيه حقاً خاصا وفي اطلاق السقي ابطال حقه لان كل احد يتبادر اليه فيسقي منه زرعه وأشجاره فيبطل حقه أصلا ولو أذن بالسقي والنهر خاص له جاز لانه أبطل حق نفسه وأما الذي يرجع الى الشرب فهو أنه لا يجوز بيعه منفردا بأن باع شرب يوم أو أكثر لانه عبارة عن حق الشرب والسقي والحقوق لا تحتمل الافراد بالبيع والشراء ولو اشترى به داراً وعبداً وقبضهما لزمه رد الدار والعبد لانه مقبوض بحكم عقد فاسد فكان واجب الرد كما في سائر البياعات الفاسدة ولا شئ على البائع بما انتفع به من الشرب ولو باع الارض مع الشرب جاز تبعاً للارض ويجوز ان يجعل الشئ تبعاً لغيره وان كان لا يجعله مقصوداً بنفسه كاطراف الحيوان ولا يدخل الشرب في بيع الارض الا بالتسمية صريحا أو بذكر ما يدل عليه بان يقول بعتها بحقوقها أو بمرافقها أو كل قليل وكثير هو لها داخل فيها وخارج عنها من حقوقها فان لم يذكر شيأ من ذلك لا يدخل لان اسم الارض بصيغته وحروفه لا يدل على الشرب ولا تجوز اجارته مفرداً لان الحقوق لا تحتمل الاجارة على الانفراد كما لا تحتمل البيع وكذا لو جعله أجرة في اجارة الدار والعبد ونحو ذلك لا يجوز لان الاجرة في باب الاجارة كالثمن في باب البيع وانه لا يصلح ثمنا في البياعات فلا يصلح أجرة في الاجارات ولو انتفع بالدار والعبد لزمه أجر مثله لانه استوفى منفعة المعقود عليه عقداً فاسداً فيلزمه أجرة المثل كما في سائر الاجارات الفاسدة ولو استأجر الارض مع الشرب جاز تبعاً للارض كما في البيع على ما ذكرنا ولو استأجر أرضاً ولم يذكر الشرب والمسيل أصلا فالقياس أن لا يكون الشرب والمسيل كما في البيع وفي الاستحسان كانا له ويدخلا تحت

اجارة الارض من غير تسمية نصا لوجودها دلالة لان الاجارة تمليك المنفعة بعوض ولا يمكن الانتفاع بالارض بدون الشرب فيصير الشرب مذكوراً بذكر الارض دلالة بخلاف البيع لان البيع تمليك العين والعين تحتمل الملك بدونه ولا تجوز هبته والتصدق به لان كل واحد منهما تمليك والحقوق المفردة لا تحتمل التمليك ولا يجوز الصلح عليه بان صالح من دعوى على شرب سواء كان دعوى المال أو الحق من القصاص فى النفس ومادونه لان الصلح فى معنى البيع الا أنه يسقط القصاص ويكون الصلح كانه على العفو لما ذكرنا فى كتاب الصلح ولان صورة الصلح أورثت شبهة والقصاص لا يستوفى مع الشبهات وتجب على القاتل والجارح الدية وارش الجناية ولا تصح تسميته فى باب النكاح بان تزوج امرأة عليه وعلى الزوج مهر المثل لان النكاح تصرف تمليك وأنه لا يحتمل التمليك واذا لم تصح التسمية يجب العوض الاصلى وهو مهر المثل ولا تصح تسميته فى الخلع بان اختلعت المرأة من نفسها عليه وعليها رد المأخوذ من المهر لان تسميته فى معرض التمليك ان لم يصح فهو مال لكونه مرغوباً فيه فمن حيث انه لم يحتمل التمليك لم يصلح بدل الخلع ومن حيث هو مال مرغوب فيه فى نفسه لم يبطل ذلك أصلا فيظهر فى وجوب رد المأخوذ وهذا أصل فى باب الخلع محفوظ أنه شئ تعذر تسليم البدل المذكور وهو مال مرغوب فى نفسه يجب عليها رد المأخوذ من المهر ويورثه لان الارث لا يقف على الملك لا محالة بل يثبت فى حق المال كما يثبت فى الملك كخيار العيب ونحو ذلك ويوصى به حتى لو أوصى لرجل أن يسقى أرضه مدة معلومة من شربه جازت الوصية وتعتبر من الثلث لان الوصية وان كان تمليكا لكنها تمليك بعد الموت ألا ترى أن الموصى له لا يملك الموصى به فى الحال وانما يملك بعد الموت فاشبه الميراث فاذا احتمل الارث احتمل الوصية التى هى أخت الميراث واذا مات الموصى له تبطل الوصية حتى لا تصير ميراثاً لورثة الموصى له لان الشرب ليس بعين مال بل هو حق مالى وشبه الخدمة ثم الوصية بالخدمة تبطل بموت الموصى له ولا تصير ميراثاً فكذلك الوصية بالشرب ولو أوصى أن يتصدق بالشرب على المساكين لم يصح لانه لما لم يحتمل التمليك بالتصدق استوى فيه الحال والاضافة الى ما بعد الموت بالوصية ويسقى كل واحد من الشركاء على قدر شربه ولو اختلفا فى قدر الشرب ولا بينة لاحدهم تحكم الاراضى فيكون الشرب بينهم على قدر أراضيهم ولا يعتبر عدد الرؤس بخلاف الجماعة اذا اختلفوا فى طريق مشترك بينهم أنه لا تحكم فيه بقعة الدار بل يعتبر فيه عدد الرؤس وإنما كان كذلك لاختلاف المقصود اذ المقصود من الشرب السقى والسقى يختلف باختلاف الاراضى والمقصود من الطريق هو المرور وأنه لا يختلف باختلاف الدور ولو كان الاعلى منهم لا يشرب ما لم يسكر النهر عن الاسفل بان كانت أرضه ربوة لم يكن له ذلك ولكن يشرب بحصته لان فى سكر النهر حتى يشرب الاعلى منع الاسفل من الشرب وهذا لا يجوز الا اذا تراضيا على أن يسكر كل فى نوبته فيجوز ولو أراد أحد الشركاء أن ينصب على النهر المشترك رحى أو دالية أو سانية نظر فيه فان كان لا يضر بالشرب والنهر وكان موضع البناء أرض صاحبه والا فلا لان رقبة النهر وموضع البناء ملك بين الجماعة على الشركة وحق الكل متعلق بالماء ولا سبيل الى التصرف فى الملك المشترك والحق المشترك الا برضا الشركاء وأما الذى يرجع الى النهر فالاصل فيه أن النهر الخاص لجماعة لا يملك أحدهم التصرف فيه من غير رضا الباقين سواء أضر بهم التصرف أو لا لان رقبة النهر مملوكة لهم وحرمة التصرف فى المملوك لا تقف على الاضرار بالمالك حتى لو أراد واحد من الشركاء أن يحفر نهراً صغيراً من النهر المشترك فيسوق الماء الى أرض أحياها ليس لها منه شرب ليس له ذلك الا برضاهم لان الحفر تصرف فى محل مملوك على الشركة من غير رضاهم فيمنع عنه وكذلك لو كان هذا النهر يأخذ الماء من النهر العظيم فأراد واحد أن يزيد فيها كوة من غير رضا الشركاء ليس له ذلك وان كان ذلك لا يضرهم لان ذلك تصرفهم فى النهر باجراء زيادة ماء فيه من غير رضاهم فيمنع عنه ولو أراد أن ينصب عليه رحى فان كان موضع البناء مملوكا له والماء يدير الرحى على سيبه له ذلك وان كان موضع البناء مشتركا أو تقع الحاجة الى تعريج الماء ثم الاعادة ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالشركاء بتأخير

وصول

وصول حقهم اليهم بالتعريج كما اذا حفر نهراً فى أرضه وأراد أن يعرج الماء اليه ثم يعيده الى النهر وكذلك لو أراد أحدهم أن ينصب دالية أو سانية فهو على هذا التفصيل وليس لاحدهم أن يضع قنطرة على هذا النهر من غير رضاهم لان القنطرة تصرف فى حافتى النهر وفى هواه وكل ذلك مشترك ولو كان النهر بين شريكين له خمس كوى من النهر الاعظم ولاحد الشريكين أرض فى أعلى النهر وللآخر أرض فى أسفله فأراد صاحب الاعلى أن يسد شيأ من تلك الكوى لما يدخل من الضرر فى أرضه ليس له ذلك الا برضا شريكه لانه يتضرر به شريكه فلا يجوز له دفع الضرر عن نفسه باضرار غيره وان أراد أن يتهايآ حتى يسد فى حصته ما شاء لم يكن له ذلك الا برضا الشريك لما قلنا وان تراضيا على ذلك زمانا ثم بدا لصاحب الاسفل أن ينقض فله ذلك لان المراضاة على ما لا يحتمل التمليك تكون مهايأة وانها غير لازمة ولو كان النهر بين رجلين له كوى فأضاف رجل أجنبي اليها كوة وحفر نهراً منه الى أرضه برضا منهما ومضى على ذلك زمان ثم بدا لاحدهما أن ينقض فله ذلك لان العارية لا تكون لازمة وكذلك لو مات لورثتهما أن ينقضوا ذلك لما قلنا ولو كان نهر بين جماعة يأخذ الماء من النهر الاعظم ولكل رجل نهر من هذا النهر فنهم من له كوتان ومنهم من له ثلاث كوى فقال صاحب الاسفل لصاحب الاعلى انكم تأخذون أكثر من نصيبكم لان دفعة الماء وكثرته فى أول النهر ولا يأتينا الا وهو قليل فأرادوا المهايأة أياما معلومة فليس لهم ذلك ويترك الماء والنهر على حاله لان ملكهم فى رقبة النهر لا فى نفس الماء ولو أراد واحد منهم أن يوسع كوة نهره لم يكن له ذلك لانه يدخل فيها الماء زائدا على حقه فلا يملك ذلك ولو حفر فى أسفل النهر جاز ولو زاد فى عرضه لا يجوز لان الكوى من حقوق النهر فيملكه بملك النهر بخلاف الزيادة فى العرض ولو كان نهر يأخذ الماء من النهر الاعظم بين قوم فخافوا أن ينبثق فأرادوا أن يحصنوه فامتنع بعضهم عن ذلك فان كان ضررا عاما يجبرون على أن يحصنوا بالحصص وان لم يكن فيه ضرر عام لا يجبرون عليه لان الانتفاع متعذر عند عموم الضرر فكان الجبر على التحصيص من باب دفع الضرر عن الجماعة فجاز واذا لم يكن الضرر عاما يمكن الانتفاع بالنهر فكان الجبر بالتحصيص جبرا عليه لزيادة الانتفاع بالنهر وهذا لا يجوز ولو كان نهر لرجل ملاصق لارض رجل فاختلف صاحب الارض والنهر فى مسناة فالمسناة لصاحب الارض عند أبى حنيفة رحمه الله له أن يغرس فيها طينه ولكن ليس له أن يهدمها وعند أبى يوسف ومحمد المسناة لصاحب النهر حريماً لنهره وله أن يغرس فيها ويلقى طينه ويجتاز فيها وان لم يكن ملاصقا بل كان بين النهر والارض حائل من حائط ونحوه كانت المسناة لصاحب النهر بالاجماع وبعض مشايخنا بنوا هذا الاختلاف على ان النهر هل له حريم أم لا بأن حفر رجل نهرا فى أرض موات باذن الامام عند أبى حنيفة لا حريم له وعندهما له حريم (ووجه) البناء عليه انه لما لم يكن للنهر حريم عند أبى حنيفة كان الظاهر شاهدا لصاحب الارض فكان القول قوله ولما كان له حريم عندهما كان الظاهر شاهدا لصاحب النهر فيكون القول قوله وبعضهم لم يصححوا البناء وقالوا لا خلاف ان للنهر حريما فى أرض الموات لان للبئر والعين حريما فيها بالاجماع وقد روى عليه الصلاة والسلام انه جعل لهما حريما لحاجتهما الى الحفر لتعذر الانتفاع بهما بدون الحفر لان حاجة النهر الى الحريم كحاجة البئر والعين بل أشد فكان جعل الشرع للبئر والعين حريما جعلا للنهر من طريق الاولى دل ان البناء على هذا الاصل غير صحيح فكان هذا اخلافا مبتدأ (وجه) قولهما انه لما كان للنهر حريم بالاتفاق كان الظاهر شاهدا لصاحب النهر فيجب العمل بالظاهر حتى يقوم الدليل بخلافه ولهذا كان القول قول صاحب البئر والعين عند الاختلاف كذا هذا ولابى حنيفة ان المسناة اذا كانت مستوية بالارض فالظاهر انها ملك صاحب الارض اذ لو كانت حريما للنهر لكانت مرتفعة لكونها ملقى طينه فكان الظاهر شاهداً لصاحب الارض الا أنه لا يملك هدمها لتعلق حق صاحب النهر بها وفى الهدم ابطاله ويجوز أن يمنع الانسان من التصرف فى ملكه لتعلق حق الغير كحائط لانسان عليه جذوع لغيره فأراد هدم الحائط يمنع منه كذا هذا ثم كرى النهر المشترك على أصحاب النهر وليس على أصحاب الشفة فى الكرى

شئ لان هـذا من حقوق الملك ولا ملك لاهل الشـفة فى رقبة النهر بل لهم حق شرب الماء والسـقى للدواب فقط واختلف فى كيفية الكرى عليهم قال أبو حنيفة عليهم أن يكروا من أعلاه واذا جاوزوا أرض رجل دفع عنـه وكان الكرى على من بقى وقال أبو يوسف ومحمد الكرى عليهم جميعاً من أوله الى آخره بحصص الشرب والاراضى حتى ان النهر لو كان بين عشرة أنفس أراضيهم عليه لأخر كرى فوهة النهر الى أن يجاوز شرب أولهم بينهم على عشرة أسهم على كل واحد منهم العشر فاذا جاوزوا شرب الاول سقط عنه الكرى وكان على الباقين على تسعة أسهم فاذا جاوزوا شرب الثانى سقط عنه الكرى وكان على الباقين على ثمانية أسهم هكذا وهذا عند أبى حنيفة (وأما) عنـدهما فالكرى بينهم على عشرة أسهم من أعلى النهر الى أسفله (وجه) قول أبى حنيفة ان الكرى من حقوق الملك والملك فى الاعلى مشترك بين الكل من فوهة النهر الى شرب أولهم فكانت مؤنتـه على الكل فأما بعـده فلا ملك لصاحب الاعلى فيه انما له حق وهو حق تسييل الماء فيه فكانت مؤنته على صاحب الملك لا على صاحب الحق ولهذا كانت مؤنة الكرى على أصحاب النهر ولا شىء على أهل الشفة لان الملك لاصحاب النهر ولا لاهل الشفة حق الشرب وسـقى دوابهم وكذا كل من كان له ميل على سطح مملوك لغيره فكانت غرامتـه على صاحب السطح لا عليه لما قلنا (وأما) الانهار العظام كسيحون ودجلة والفرات ونحوها فلا ملك لاحد فيها ولا فى رقبة النهر وكذا ليس لاحد حق خاص فيها ولا فى الشرب بل هو حق لعامة المسلمين فلكل أحد أن ينتفع بهـذه الانهار بالشفة والسـقى وشق النهر منها الى أرضه بأن احيا أرضا ميتـة باذن الامام له أن يشق اليها نهرا من هذه الانهار وليس للامام ولا لاحـد منعه اذا لم يضر بالنهر وكذا له أن ينصب عليه رحى ودالية وسانية اذا لم يضر بالنهر لان هذه الانهار لم تدخل تحت يد أحـد فلا يثبت الاختصاص بها لاحد فكان الناس فيها كلهم على السواء فكان كل واحد بسبيل من الانتفاع لكن بشريطة عدم الضرر بالنهر كالانتفاع بطريق العامة وان أضر بالنهر فلكل واحد من المسلمين منعه لما بينا انه حق لعامـة المسـلمين واباحة التصرف فى حقهم مشروطة بانتفاء الضرر كالتصرف فى الطريق الاعظم وسئل أبو يوسف عن نهر مرو وهو نهر عظيم أحيا رجل أرضا كانت مواتا فحفر لها نهرا فوق مرو من موضع ليس يملكه أحد فساق الماء اليها من ذلك النهر فقال أبو يوسف ان كان يدخل على أهل مرو ضرر فى مائهم ليس له ذلك وان كان لا يضرهم فله ذلك وليس لهم أن يمنعوه لما قلنا وسـئل أيضا اذا كان لرجل من هذا النهر كوى معروفة هـل له أن يزيد فيها فقال ان زاد فى ملكه وذلك لا يضر بأهل النهر فله ذلك ولو كان نهر خاص لقوم يأخذ الماء من هذا النهر فأراد واحد منهم أن يزيد كوة لم يكن له ذلك وان كان لا يضر بالنهر (ووجه) الفرق أن الزيادة فى الفصل الاول تصرف فى حق مشترك بين العامة وحرمة التصرف فى حقوق العامة لا تثبت الا بشريطة الضرر والزيادة فى الفصل الثانى تصرف فى ملك مشـترك بأخذ زيادة الماء فى النهر والتصرف فى الملك المشترك لا تقف حرمته على الضرر بالمالك هو الفرق ولو جزر ماء هذه الانهار عن أرض فليس لمن يليها أن يضمها الى أرض نفسه لانه يحتمل أن يعود ماؤها الى مكانه ولا يجد اليه سبيلا فيحمل على جانب آخر فيضر حتى لو أمن العود أو كان بازائها من الجانب الآخر أرض موات لا يستضر أحد بحمل الماء عليه فله ذلك ويملكه اذا أحياه باذن الامام أو بغير اذنه على الاختلاف المعروف ولو احتاجت هذه الانهار الى الكرى فعلى السلطان كراها من بيت المال لان منفعتها لعامة المسلمين فكانت مؤنتها من بيت المال لقوله عليه الصلاة والسـلام الخراج بالضمان وكذا لو خيف منها الغرق فعلى السلطان اصلاح مسناتها من بيت المال لما قلنا والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿كتاب الاراضى﴾

الكلام فى موضـعين فى بيان أنواع الاراضى وفى بيان حكم كل نوع منها (أما) الاول فالاراضى فى الاصـل نوعان أرض مملوكة وأرض مباحة غير مملوكة والمملوكة نوعان عامرة وخراب والمباحـة نوعان أيضا نوع هو من

مرافق

مرافق البلدة محتطبالهم ومرعى لمواشيهم ونوع ليس من مرافقها وهو المسمى بالموات (أما) بيان حكم كل نوع منها (أما) الاراضى المملوكة العامرة فليس لاحد أن يتصرف فيها من غير اذن صاحبها لان عصمة الملك تمنع من ذلك وكذلك الارض الخراب الذى انقطع ماؤها ومضى على ذلك سنون لان الملك فيها قائم وان طال الزمان حتى يجوز بيعها وهبتها واجارتها وتصير ميراثا اذا مات صاحبها الا أنها اذا كانت خرابا فلا خراج عليها اذ ليس على الخراب خراج الا اذا عطلها صاحبها مع التمكن من الاستنماء فعليه الخراج وهذا اذا عرف صاحبها فان لم يعرف فحكمها حكم اللقطة يعرف فى كتابه ان شاء الله تعالى وأما الكلأ الذى ينبت فى أرض مملوكة فهو مباح غير مملوك الا اذا قطعه صاحب الارض واخرج فيملكه هذا جواب ظاهر الرواية عن أصحابنا رضى الله عنهم وقال بعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله أنه اذا سقاه وقام عليه ملكه والصحيح جواب ظاهر الرواية لان الاصل فيه هو الاباحة لقوله عليه الصلاة والسلام الناس شركاء فى ثلاث الماء والكلا والنار والكلأ اسم لحشيش ينبت من غير صنع العبد والشركة العامة هى الاباحة الا اذا قطعه واحرزه لانه استولى على مال مباح غير مملوك فيملكه كالماء المحرز فى الاوانى والظروف وسائر المباحات التى هى غير مملوكة لاحد والنار اسم لجوهر مضىء دائم الحركة علوا فليس لمن أوقدها أن يمنع غيره من الاصطلاء بها لان النبى عليه الصلاة والسلام أثبت الشركة فيها فأما الجمر فليس بنار وهو مملوك لصاحبه فله حق المنع كسائر أملاكه ولو أراد أحد أن يدخل ملكه لاحتشاش الكلا فاذا كان يجده فى موضع آخر له أن يمنعه من الدخول وان كان لا يجده فيقال لصاحب الارض اما أن تأذن له بالدخول واما أن تحش بنفسك فتدفعه اليه كالماء الذى فى الآبار والعيون والحياض التى فى الاراضى المملوكة على ماذكرنا فى كتاب الشرب ولو دخل انسان أرضه بغير اذنه واحتش ليس لصاحبه أن يسترده لانه مباح سبقت يده اليه وكذا لا يجوز بيعه لان محل البيع مال مملوك وان لم يثبت على ملك أحد ولا تجوز اجارته لان الاعيان لا تحتمل الاجارة على ما ذكرنا فى كتاب الشرب والجواب فى الكلا فى البيع والاجارة والهبة والنكاح والخلع والصلح والوصية كالجواب فى الشرب لان كل واحد منها غير مملوك وقد ذكرنا ذلك كله فى الشرب وكذلك المروج المملوكة فى حكم الكلا على هذا وكذلك الآجام المملوكة فى حكم السمك لان السمك أيضا مباح الاصل لقوله تعالى عز شأنه أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وقوله عليه الصلاة والسلام أحلت لنا ميتتان ودمان الحديث فلا يصير مملوكا الا بالاخذ والاستيلاء لما بينا ولو حظر السمك فى حظيرة فان كان مما يمكن أخذه بغير صيد يملكه بنفس الحظر لوجود الاستيلاء واثبات اليد عليه ولهذا لو باعه جاز وان كان لا يمكن أخذه الا بصيد لا يملكه صاحب الحظيرة لانه ما استولى عليه ولا يملك المباح الا بالاستيلاء ولهذا لو باعه لا يجوز بيعه وعلى هذا سائر المباحات كالطير اذا باضت أو فرخت فى أرض انسان انه يكون مباحا ويكون للآخذ لا لصاحب الارض سواء كان صاحب الارض اتخذله وكرا أم لا وقال المتأخرون من مشايخنا رحمهم الله انه ان كان اتخذ له ملكا له يسترده من الآخذ وهذا غير سديد لقوله عليه الصلاة والسلام لمن أخذه ولان الملك فى المباح انما يثبت بالاستيلاء عليه والآخذ هو المستولى دون صاحب الارض وان اتخذ له وكرا وكذلك صيد التجأ الى ارض رجل أودره فهو للآخذ لما قلنا ولو رد صاحب الدار باب الدار عليه بعد الدخول يملكه ان أمكنه أخذه بغير صيد لوجود الاستيلاء منه وكذلك لو نصب شبكة فتعقل بها صيد تعقلا لا خلاص له فهو لناصب الشبكة سواء كانت الشبكة له أو لغيره كمن أرسل بازى انسان بغير أذنه فاخذ صيدا أو أغرى كلبا لانسان على صيد فاخذه فكان للمرسل والمغرى لا لصاحبه ولو نصب فسطاطا فجاء صيد فتعقل به فهو للآخذ (ووجه) الفرق ان نصب الشبكة وضع لتعقل الصيد ومباشر السبب الموضوع للشىء اكتساب له (فاما) نصب الفسطاط فما وضع لذلك بل لغرض آخر فتوقف الملك فيه على الاستيلاء

والاخذ حقيقة ولو حفر حفيرة فوقع فيها صيد فان كان حفرها الاجتماع الماء فيها فهو للآخذ لانه بمنزلة الاصطياد وان كان حفرها للاصطياد بها فهو له بمنزلة الشبكة (واما) الآجام المملوكة فى حكم القصب والحطب فليس لاحد أن يحتطب من أجمة رجل الا باذنه لان الحطب والقصب مملوكان لصاحب الاجمة ينبتان على ملكه وان لم يوجد منه الانبات أصلا بخلاف الكلا فى المروج المملوكة لان منفعة الاجمة هى القصب والحطب فكان ذلك مقصودا من ملك الاجمة فيملك بملكها (فاما) الكلأ فغير مقصود من المرج المملوك بل المقصود هو الزراعة ولو أن بقارا رعى بقرا فى أجمة مملوكة لانسان فليس له ذلك وهو ضامن لما رعى وأفسد من القصب لما ذكرنا أن منفعة الاجمة القصب والحطب وهما مملوكان لصاحب الاجمة واتلاف مال مملوك لصاحبه يوجب الضمان بخلاف الكلا فى المروج لانه يثبت على الاباحة دون الملك على ما بينا والدليل على التفرقة بينهما أنه يجوز له دفع القصب معاملة ولا يجوز دفع الكلا معاملة والاصل المحفوظ فيه أن القصب والحطب يملكان بملك الارض والكلأ لا (وأما) ما لا ينبت عادة الا بصنع العبد كالقتة والقصيل وما بقى من حصاد الزرع ونحو ذلك فى أرض مملوكة يكون مملوكا ولصاحب الارض أن يمنع غيره ويجوز بيعه ونحو ذلك لان الانبات يعد اكتسابا له فيملكه ولان الاصل أن يكون من المملوك مملوكا الا ان الاباحة فى بعض الاشياء تثبت على مخالفة الاصل بالشرع والشرع ورد بها فى أشياء مخصوصة فيقتصر عليها (وأما) أرض الموات فالكلام فيها فى مواضع فى تفسير الارض الموات وفى بيان ما يملك الامام من التصرف فى الموات وفى بيان ما يثبت به الملك فى الموات وما يثبت به الحق فيه دون الملك وفى بيان حكمه اذا ملك (أما) الاول فالارض الموات هى أرض خارج البلد لم تكن ملكا لاحد ولا حقا له خاصا فلا يكون داخل البلد موات أصلا وكذا ما كان خارج البلدة من مرافقها محتطبا بها لاهلها أو مرعى لهم لا يكون مواتا حتى لا يملك الامام اقطاعها لان ما كان من مرافق أهل البلدة فهو حق أهل البلدة كفناء دارهم وفى الاقطاع ابطال حقهم وكذلك أرض الملح والقار والنفط ونحوها مما لا يستغنى عنها المسلمون لا تكون أرض موات حتى لا يجوز للامام أن يقطعها لاحد لانها حق لعامة المسلمين وفى الاقطاع ابطال حقهم وهذا لا يجوز وهل يشترط أن يكون بعيدا من العمران شرطه الطحاوى رحمه الله فانه قال وما قرب من العامر فليس بموات وكذا روى عن أبى يوسف رحمه الله ان أرض الموات بقعة لو وقف على أدناها من العامر رجل فنادى باعلى صوته لم يسمعه من العامر وفى ظاهر الرواية ليس بشرط حتى ان بحرا من البلدة جزر ماؤه أو أجمة عظيمة لم تكن ملكا لاحد تكون أرض موات فى ظاهر الرواية وعلى قياس رواية أبى يوسف وقول الطحاوى لا تكون والصحيح جواب ظاهر الرواية لان الموات اسم لما لا ينتفع به فاذا لم يكن ملكا لاحد ولا حقا خاصا لم يكن منتفعا به كان بعيدا عن البلدة أو قريبا منها (وأما) بيان ما يملك الامام من التصرف فى الموات فالامام يملك اقطاع الموات من مصالح المسلمين لما يرجع ذلك الى عمارة البلاد التصرف فيما يتعلق بمصالح المسلمين للامام ككرى الانهار العظام واصلاح قناطرها ونحوه ولو أقطع الامام الموات انسانا فتركه ولم يعمره لا يتعرض له الى ثلاث سنين فاذا مضى ثلاث سنين فقد عاد مواتا كما كان وله أن يقطعه غيره لقوله عليه الصلاة والسلام ليس لمحتجر بعد ثلاث سنين حق ولان الثلاث سنين مدة لابلاء الاعذار فاذا أمسكها ثلاث سنين ولم يعمرها دل على أنه لا يريد عمارتها بل تعطيلها فبطل حقه وتعود الى حالها مواتا وكان للامام أن يعطيها غيره (وأما) بيان ما يثبت به الملك فى الموات وما لا يثبت ويثبت به الحق فالملك فى الموات يثبت بالاحياء باذن الامام عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى يثبت بنفس الاحياء واذن الامام ليس بشرط (وجه) قولهما قوله عليه الصلاة والسلام من أحيا أرضا ميتة فهى له وليس لعرق ظالم فيه حق أثبت الملك للمحيي من غير شريطة اذن الامام ولانه مباح استولى عليه فيملكه بدون اذن الامام كما لو أخذ صيدا أو حش كلأ وقوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم فيه

حق

حق روى منونا ومضافا فالمنون هو أن تنبت عروق أشجار انسان فى أرض غيره بغير اذنه فلصاحب الارض قلعها حشيشاً ولابى حنيفة عليه الرحمة ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه فاذا لم يأذن فلم تطلب نفسه به فلا يكون له ولان الموات غنيمة فلابد للاختصاص به من اذن الامام كسائر الغنائم والدليل عليه أن غنيمة اسم لما أصيب من أهل الحرب بايجاف الخليل والركاب والموات كذلك لان الارض كلها كانت تحت أيدى أهل الحرب استولى عليها المسلمون عنوة وقهراً فكانت كلها غنائم فلا يختص بعض المسلمين بشئ منها من غير اذن الامام كسائر الغنائم بخلاف الصيد والحطب والحشيش لانها لم تكن فى يد أهل الحرب فجاز أن تملك بنفس الاستيلاء واثبات اليد عليها (وأما) الحديث فيحتمل أنه يصير به شرعا ويحتمل أنه اذن جماعة باحياء الموات بذلك النظم ونحن نقول بموجبه فلا يكون حجة مع الاحتمال نظير قوله عليه الصلاة والسلام من قتل قتيلا فله سلبه حتى لم يصح الاحتجاج به فى ايجاب السلب للقاتل على ما ذكر فى كتاب السير أو يحمل ذلك على حال الاذن توفيقاً بين الدلائل ويملك الذمى بالاحياء كما يملك المسلم لعموم الحديث ولو حجر الارض الموات لا يملكها بالاجماع لان الموات يملك بالاحياء لانه عبارة عن وضع أحجار أو خط حولها يريد أن يحجر غيره عن الاستيلاء عليها وشئ من ذلك ليس باحياء فلا يملكها ولكن صار أحق بها من غيره حتى لم يكن لغيره أن يزعجه لانه سبقت يده اليه والسبق من أسباب الترجيح فى الجملة قال النبي عليه الصلاة والسلام منى مباح من سبق وعلى هذا المسافر اذا نزل بارض مباحة أو رباط صار أحق بها ولم يكن لمن يجيء بعده أن يزعجه عنها واذا صار أحق بها فلا يقطعها الامام غيره الا اذا عطلها المتحجر ثلاث سنين ولم يعمرها (وأما) بيان حكم أرض الموات اذا ملكت فيختص بها حكمان أحدهما حكم الحريم والثانى الوظيفة من العشر والخراج أما الاول فالكلام فيه فى موضعين أحدهما فى أصل الحريم والثانى فى قدره (أما) أصله فلا خلاف فى أن من حفر بئرا فى أرض الموات يكون لها حريم حتى لو أراد أحد أن يحفر فى حريمها له أن يمنعه لان النبي عليه الصلاة والسلام جعل للبئر حريما وكذلك العين لها حريم بالاجماع لانه عليه الصلاة والسلام جعل لكل أرض حريما (وأما) النهر فقد ذكرنا الكلام فيه (وأما) تقديره فحريم العين خمسمائة ذراع بالاجماع وبه نطقت السنة وهو قوله عليه الصلاة والسلام للعين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن أربعون ذراعا بالاجماع نطقت به السنة قال النبي عليه الصلاة والسلام وحريم بئر العطن أربعون ذراعا وأما حريم بئر الناضح فقد اختلف فيه عند أبى حنيفة رحمه الله أربعون ذراعا وعندهما ستون ذراعا احتجا بما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال وحريم بئر الناضح ستون ذراعا (وجه) قول أبى حنيفة ان الملك فى الموات يثبت بالاحياء باذن الامام أو بغير اذنه ولم يوجد منه احياء الحريم وكذا اذن الامام يتناول الحريم مقصودا الا أن دخول الحريم لحاجة البئر اليه وحاجة الناضح تندفع باربعين ذراعا من كل جانب كحاجة العطن فبقى الزيادة على ذلك على حكم الموات والحديث يحتمل أنه قال عليه الصلاة والسلام ذلك فى بئر خاص وللامام ولاية ذلك (وأما) حريم النهر فقد اختلف أبو يوسف ومحمد فى تقديره فعند أبى يوسف قدر نصف بطن النهر من كل جانب النصف من هذا الجانب والنصف من ذلك الجانب وعند محمد قدر جميع بطن النهر من كل جانب قدر جميعه (وأما) النهر اذا حفر فى أرض الموات فنهم من ذكر الخلاف فيه بين أبى حنيفة وصاحبيه والصحيح أن له حريما بلا خلاف لما قلنا (وأما) الثانى حكم الوظيفة فان أحياها مسلم قال أبو يوسف ان كانت من حيز أرض العشر فهى عشرية وان كانت من حيز أرض الخراج فهى خراجية وقال محمد ان أحياها بماء العشر فهى عشرية وان أحياها بماء الخراج فهى خراجية وان أحياها ذمى فهى خراجية كيف ما كان بالاجماع . وهى من مسائل كتاب العشر والخراج والله تعالى عز شأنه أعلم

كان

﴿ كتاب المفقود ﴾

الكلام في المفقود يقع في أربعة مواضع في تفسير المفقود وفي بيان حاله وفي بيان ما يصنع بماله وفي بيان حكم ماله (أما) الاول فالمفقود اسم لشخص غاب عن بلده ولا يعرف خبره أنه حي أم ميت

﴿ فصل ﴾ وأما حال المفقود فعبارة مشايخنا رحمهم الله عن حاله انه حي في حق نفسه ميت في حق غيره والشخص الواحد لا يكون حيا وميتا حقيقة لما فيه من الاستحالة ولكن معنى هذه العبارة أنه تجري عليه أحكام الاحياء فيما كان له فلا يورث ماله ولا تبين امرأته كأنه حي حقيقة وتجري عليه أحكام الاموات فيما لم يكن له فلا يرث أحدا كأنه ميت حقيقة لان الثابت باستصحاب الحال يصلح لابقاء ما كان على ما كان ولا يصلح لاثبات ما لم يكن وملكه في احكام أمواله ونسائه أمر قد كان واستصحبنا حال الحياة لابقائه وأما ملكه في مال غيره فأمر لم يكن فتقع الحاجة الى الاثبات واستصحاب الحال لا يصلح حجة لاثبات ما لم يكن وتحقيق العبارة عن حاله أن حاله غير معلوم يحتمل انه حي ويحتمل انه ميت وهذا يمنع التوارث والبينونة لأنه ان كان حيا يرث أقاربه ولا يرثونه ولا تبين امرأته وان كان ميتا لا يرث أقاربه ويرثونه والارث من الجانبين أمر لم يكن ثابتا بيقين فوقع الشك في ثبوته فلا يثبت بالشك والاحتمال وكذلك البينونة على الاصل المعهود في الثابت بيقين لا يزول بالشك وغير الثابت بيقين لا يثبت بالشك فاذا مات واحد من أقاربه يوقف نصيبه الى ان يظهر حاله انه حي أم ميت لاحتمال الحياة والموت للحال حتى ان من هلك وترك ابنا مفقودا وابنتين وابن ابن وطلبت الابنتان الميراث فان القاضي يقضي لهما بالنصف ويوقف النصف الثاني الى آن يظهر حاله لانه ان كان حيا كان له النصف والنصف للابنتين ولا شئ لابن الابن وان كان ميتا كان للابنتين الثلثان والباقي لابن الابن فكان استحقاق النصف للابنتين ثابتا بيقين فيدفع ذلك اليهما ويوقف النصف الآخر الى ان يظهر حاله فان لم يظهر حتى مضت المدة التي يعرف فيها موته يدفع الثلثان اليهما والباقي لابن الابن وكذا لو أوصى له بشئ يوقف وكذا اذا فقد المرتد ولا يدرى انه لحق بدار الحرب أم لا توقف تركته كالمسلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يصنع بماله فالذي يصنع أنواع منها أن القاضي يحفظ ماله يقيم من ينصبه للحفظ لانه مال لا حافظ له لعجز صاحبه عن الحفظ فيحفظ عليه القاضي نظرا له كما يحفظ مال الصبي والمجنون الذي لا ولي لهما ومنها انه يبيع من ماله ما يتسارع اليه الفساد ويحفظ ثمنه لأن ذلك حفظ له معنى ولا يأخذ ماله الذي في يد مودعه ومضاربه ليحفظه لان يدهما يد نيابة عنه في الحفظ فكان محفوظا بحفظه معنى فلا حاجة الى حفظ القاضي ومنها انه ينفق على زوجته من ماله ان كان عالما بالزوجية لان الانفاق عليها احياء لها فكان من باب حفظ ملك الغائب عليه عند عجزه عن الحفظ بنفسه فيملكه كما يملك حفظ ماله ومنها انه ينفق من ماله على أولاده الصغار الذكور والاناث وعلى أولاده الفقراء الزمنى من الذكور والفقيرات من الاناث سواء كن زمنى أولا وعلى والديه المحتاجين ان كان عالما بالنسب لان نفقة أولاده انما تجب بحكم الجزئية والبعضية احياء لهم واحياء نفسه واجب فكذا احياء جزئه وكله فكان الانفاق عليهم من ماله احياء لهم معنى وهو عاجز عن ذلك بنفسه فيقوم به القاضي وان لم يعلم القاضي بالزوجية والنسب فأحضروا رجلا في يده مال وديعة للمفقود أو مضاربة أو عليه دين له فاقر الرجل بذلك وبالزوجية والنسب أنفق عليهم من ذلك المال لأن للمرأة أن تأخذ نفقتها من مال زوجها اذا ظفرت به قدر ما يكفيها قال النبي صلى الله عليه وسلم لامرأة أبي سفيان خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف فاذا أقر ان هذا ماله وهذه امرأته ثبت لها حق الاخذ وكذا في الاولاد يأخذ البعض كفايته من مال البعض عند الحاجة فاذا أقر بالنسب والمال فقد ثبت لهم حق الاخذ وهذا قول أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم وعند زفر رحمه الله ليس للقاضي ذلك لكونه قضاء على الغائب ونحن نقول ليس هذا من باب القضاء على الغائب بل هو من باب النظر للغائب وللقاضي ولاية النظر للغائب لما علم على ما ذكرنا في كتاب النفقات ولو أخذ القاضي منهم كفيلا كان حسنا لجواز ان يحضر المفقود فيقيم البينة على انه كان طلق امرأته أو

كان

كان اعطاهم النفقة معجلة هذا اذا أقر الرجل بهما فاما اذا أنكرهما جميعا أو أقر باحدهما دون الآخر فاقاموا البينة على ذلك لا تسمع بينتهم لانه يكون قضاء على الغائب وله من غير ان يكون عنه وله خصم حاضر لان المودع والمضارب والغريم ليسوا خصماء عن الغائب فى اثبات الزوجية وايجاب النفقة عليه وكذا الاولاد والوالدون والمرأة ليسوا خصماء للغائب فى اثبات ملك المال له وكل ذلك لا يجوز فان اعطوهم شيأ فهو من مال أنفسهم لانهم متطوعون فى ذلك ولا ينفق من ماله على من سواهم من ذوى الارحام لان نفقتهم ليست بعلة الجزئية والبعضية لعدمها بل بطريق الصلة والبر بهم والاحسان اليهم الاترى انهم ليس لهم أن يمدوا أيديهم فيأخذوا من ماله عند حاجتهم اليه بخلاف الوالدين والمولودين فكان الانفاق من ماله قضاء على الغائب والاصل ان كل مال ثبت حق الاخذ منه للمنفق عليه من غير قضاء القاضى له ان ينفق منه ومالا يثبت حق الاخذ منه الا بقضاء ليس للقاضى ان ينفق منه ثم القاضى انما ينفق من مال المفقود على ماذكرنا اذا كان المال دراهم أودنانير أوطعاماً أوثيابا هى من جنس كسوتها فاما اذا كان من جنس آخر من العروض والعقار فلا ينفق لانه لا يمكنه الانفاق الا بالبيع وليس للقاضى أن يبيع العقار والعروض على الغائب بالاجماع لان البيع على الغائب فى معنى الحجر عليه والحجر على الحر البالغ لا يجوز عند أبى حنيفة وعندهما ان جاز على الحاضر لكن لا يجوز على الغائب لان الجواز على الحاضر لدفع الظلم بالامتناع عن قضاء الدين مع القدرة على القضاء من ثمن العين ولم يتحقق الظلم منه حالة الغيبة لما لم يعرف منه الامتناع من الانفاق فافترق الحالان وانما ملك بيع ما يتسارع اليه الفساد لان ذلك وان كان بيعا صورة فهو حفظ وامساك له معنى والقاضى يملك حفظ مال المفقود وأما الاب فليس له أن يبيع العقار فى نفقة الغائب من غير اذن القاضى بالاجماع وأما المنقول فله أن يبيعه عند أبى حنيفة من غير أمر القاضى وعندهما لا يبيع المنقول كما لا يبيع العقار لما علم فى كتاب النفقات والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم ماله فهو انه اذا مضت من وقت ولادته مدة لا يعيش اليها عادة يحكم بموته ويعتق أمهات أولاده ومدبره وتبين امرأته ويصير ماله ميراثا لورثته الاحياء وقت الحكم ولا شئ لمن مات قبل ذلك ولم يقدر لتلك المدة فى ظاهر الرواية تقديرا وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه قدرها بمائة وعشرين سنة من وقت ولادته وذكر محمد فى الاصل انه فقد رجل بصفين أو بالجمل ثم اختصم ورثته فى ماله فى زمن أبى حنيفة عليه الرحمة فقسم بينهم وقيل كانت وفاة سيدنا على رضى الله عنه فى سنة أربعين ووفاة أبى حنيفة رضى الله عنه فى سنة مائة وخمسين وروى عن محمد رحمه الله انه قدرها بمائة سنة فاذا مضت المدة المقدرة يحكم بموته وتثبت جميع الاحكام المتعلقة بالمدة كما اذا اقامت البينة على موته والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿كتاب اللقيط﴾

الكلام فى اللقيط فى مواضع فى تفسير اللقيط لغة وعرفا وفى بيان حاله وفى بيان ما يتعلق به من الاحكام أما فى اللغة فهو فعيل من اللقط وهو اللقاء بمعنى المفعول وهو الملقوط وهو الملقى أو الاخذ والرفع بمعنى الملقوط وهو المأخوذ والمرفوع عادة لما انه يؤخذ فيرفع وأما فى العرف فنقول هو اسم للطفل المفقود وهو الملقى أو الطفل المأخوذ والمرفوع عادة فكان تسميته لقيطا باسم العاقبة لأنه يلقط عادة أى يؤخذ ويرفع وتسمية الشئ باسم عاقبته أمر شائع فى اللغة قال الله تعالى جل شأنه انى أرانى أعصر خمراً وقال الله تعالى جل شأنه انك ميت وانهم ميتون سمى العنب خمرا والحى الذى يحتمل الموت ميتا باسم العاقبة كذا هذا

﴿فصل﴾ وأما بيان حاله فله أحوال ثلاث لا بد من التعرف عنها حاله فى الحرية والرق وحاله فى النسب أما حاله فى الحرية والرق فهو انه حر من حيث الظاهر كذا روى عن سيدنا عمر وسيدنا على رضى الله عنهما انهما حكما بكون اللقيط حرا ولان الاصل هو الحرية فى بنى آدم لان الناس كلهم أولاد سيدنا آدم عليه الصلاة والسلام وحواء وهما كانا

حرين والمتولد من الحرين يكون حرا وانما حدث الرق فى البعض شرعا بعارض الاستيلاء بسبب عارض وهو الكفر الباعث على الحراب فيجب العمل بالاصل حتى يقوم الدليل على العارض فرتب عليه أحكام الاحرار من أهلية الشهادة والاعتاق والتدبير والكتابة واستحقاق الحد على قاذفه وغير ذلك من الاحكام المختصة بالاحرار الا انه لا يحد قاذف أمه لان احصان المقذوف شرط انعقاد علة توجب على القاذف ولم يعرف احصانها لانعقاد القذف عليه لوجوب الحد على القاذف ولو ادعى الملتقط أو غيره انه عبده لا يسمع منه الا ببينة لان حريته ثابتة من حيث الظاهر فلا يقدر على ابطال هذا الظاهر الا بدليل ولو بلغ فأقر انه عبد فلان نظر فى ذلك ان كان لم يجر عليه شئ من أحكام الاحرار بعد من قبول شهادته وضرب قاذفه الحد ونحوه صح اقراره لانه لم تعرف حريته الا بظاهر الحال فاذا أقر بالرق فالظاهر انه لا يقر على نفسه بالرق كاذبا فصح اقراره الا انه لا يعتبر فى ابطال ما يفعله من التصرفات من الهبة والكفالة والاعتاق والنكاح ونحوها من التصرفات التى لا يملكها العبد حتى لا تنفسخ وهذا عندنا وقال الشافعى رحمه الله فى أحد قوليه ينفسخ (وجه) قوله انه لما أقر بالرق فقد ظهر انه كان رقيقا وقت التصرف فلم يصح تصرفه كما اذا قامت البينة على رقه ولنا ان هذا اقرار تضمن ابطال حق الغير لان حريته ثابتة من حيث الظاهر فلا يصدق فى حق ذلك الغير لما عرف أن الاقرار تصرف على نفس المقر فاذا تضمن ابطال حقه حق الغير كان دعوى أو شهادة على غيره من ذلك الوجه فيصدق على نفسه لا على غيره كمن أقر بحرية عبد انسان ثم اشتراه عتق عليه ولا يرجع بالثمن على البائع لما قلنا كذا هذا والاستدلال بالبينة غير سديد لان الشاهد غير متهم فى شهادته على غيره فاما المقر فى اقراره على غيره فتهم فهو الفرق وان كان قد أجرى عليه شئ من ذلك لا يصح اقراره لانه اذا أجرى عليه شئ من أحكام الاحرار فقد ظهرت حريته عند الناس كافة فظهر انه حر الاصل فلا يملك ابطالها بالاقرار بالرق وأما حاله فى الاسلام والكفر فان وجده مسلم فى مصر من أمصار المسلمين أو فى قرية من قراهم يكون مسلما حتى لو مات يغسل ويصلى عليه ويدفن فى مقابر المسلمين وان وجده ذمى فى بيعة أو كنيسة أو فى قرية ليس فيها مسلم يكون ذميا تحكيما للظاهر كما اذا وجده مسلم فى بيعة أو كنيسة أو فى قرية من قرى أهل الذمة يكون ذميا ولو وجده ذمى فى مصر من أمصار المسلمين أو فى قرية من قراهم يكون مسلما كذا ذكر فى كتاب اللقيط من الاصل واعتبر المكان وروى ابن سماعة عن محمد انه اعتبر حال الواجد من كونه مسلما أو ذميا وفى كتاب الدعوى اعتبر الاسلام الى أيهما نسب الى الواجد أو الى المكان والصحيح رواية هذا الكتاب لان الموجود فى مكان هو فى أيدى أهل الاسلام وتصرفهم فى أيديهم واللقيط الذى هو فى يد المسلم وتصرفه يكون مسلما ظاهرا والموجود فى المكان الذى هو فى أيدى أهل الذمة وتصرفهم فى أيديهم واللقيط الذى هو فى يد الذمى وتصرفه يكون ذميا ظاهرا فكان اعتبار المكان أولى فان وجده مسلم فى مصر من أمصار المسلمين فبلغ كافرا يجبر على الاسلام ولكن لا يقتل لانه لم يعرف اسلامه حقيقة وانما حكم به تبعا للدار فلم تتحقق ردته فلا يقتل وأما حاله فى النسب فهو انه مجهول النسب حتى لو ادعى انسان نسبة الملتقط أو غيره تصح دعوته ويثبت النسب منه لما علم فى كتاب الدعوى وأما الاحكام المتعلقة به فانواع منها أن التقاطه أمر مندوب اليه لما روى أن رجلا أتى سيدنا عليا رضى الله عنه بلقيط فقال هو حر ولان أكون وليت من أمره مثل الذى وليت أنت كان أحب الى من كذا وكذا عد جملة من أعمال الخير فقد رغب فى الالتقاط وبالغ فى الترغيب فيه حيث فضله على جملة من أعمال الخير على المبالغة فى الندب اليه ولانه نفس لا حافظ لها بل هى فى مضيعة فكان التقاطها احياء لها معنى وقد قال الله تعالى ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا ومنها أن الملتقط أولى بامساكه من غيره حتى لا يكون لغيره ان يأخذه منه لانه هو الذى أحياه بالتقاطه ومن أحيا أرضا ميتة فهى له على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه مباح الاخذ سبقت يد الملتقط اليه والمباح مباح من سبق على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ومنها ان نفقته من بيت المال لان ولاءه له وقد قال عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان ولو كان معه مال مشدود عليه فهو له لان الظاهر انه ماله فيكون له

كثيابه التي عليه وكذا اذا وجد مشدودا على دابة فالدابة له لما قلنا وتكون النفقة من ماله لان الانفاق من بيت المال للضرورة ولا ضرورة اذا كان له مال وليس على الملتقط ان ينفق عليه من مال نفسه لانعدام السبب الموجب للنفقة عليه ولو أنفق عليه من مال نفسه فان فعل باذن القاضي له ان يرجع عليه وان فعل بغير اذنه لا يرجع عليه لانه يكون متطوعا فيه ومنها ان عقله لبيت المال لان عاقلته بيت المال فيكون عقله له لقوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان ومنها ان ولاءه لبيت المال لما قلنا ومنها ان له ان يوالى من شاء اذا بلغ الا اذا عقل عنه بيت المال فليس له ان يوالى أحدا لان العقد يلزم بالعقل على ما نذكر فى كتاب الديات ان شاء الله تعالى لما علم فى الولاء ومنها ان وليه السلطان له الولاية فى ماله ونفسه لقوله عليه الصلاة والسلام السلطان ولى من لا ولى له وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال الله ورسوله ولى من لا ولى له والخال وارث من لا وارث له والسلطان نائب الله ورسوله فيزوج اللقيط ويتصرف فى ماله وليس للملتقط ان يفعل شيأ من ذلك لانه لا ولاية له عليه لانعدام سببها وهو القرابة والسلطنة الا انه يجوز له ان يقبض الهبة له ويسلمه فى صناعة ويؤاجره لان ذلك ليس من باب الولاية عليه بل من باب اصلاح حاله وايصال المنفعة المحضة اليه من غير ضرر فاشبه اطعامه وغسل ثيابه ومنها ان نسبه من المدعى يحتمل الثبوت شرعا لانه مجهول النسب على ما يأتى فى كتاب الدعوى حتى لو ادعى الملتقط أو غيره انه ابنه تسمع دعواه من غير بينة و بينته نسبه منه والقياس ان لا تسمع الا ببينة وجه القياس ظاهر لانه يدعى أمرا جائز الوجود والعدم فلابد لترجيح أحد الجانبين على الآخر من مرجح وذلك بالبينة ولم توجد وجه الاستحسان انه عامل أخبر بأمر محتمل الثبوت وكل من أخبر عن أمر والمخبر به محتمل الثبوت يجب تصديقه تحسينا للظن بالمخبر هو الاصل الا اذا كان فى تصديقه ضرر بالغير وههنا فى التصديق واثبات النسب نظر من الجانبين جانب اللقيط بشرف النسب والتربية والصيانة عن أسباب الهلاك وغير ذلك وجانب المدعى بولد يستعين به على مصالحه الدينية والدنيوية وتصديق المدعى فى دعوى ما ينتفع به ولا يتضرر به غيره بل ينتفع به لا يقف على البينه وسواء كان المدعى مسلما أو ذميا أو عبدا حتى لو ادعى نسبه ذمى تصح دعوته حتى يثبت نسبه منه لكنه يكون مسلما لانه ادعى شيئين يتصور انفصال أحدهما عن الآخر فى الجملة وهو نسب الولد وكونه كافرا ويمكن تصديقه فى أحدهما لكونه نفع اللقيط وهو كونه ابنا له ولا يمكن تصديقه فى الآخر لكونه ضررا به وهو كونه كافرا فيصدق فيما فيه منفعة فيثبت نسب الولد منه ولا يصدق فيما يضره فلا يحكم بكفره وليس من ضرورة كون الولد منه أن يكون كافرا ألا ترى أنه يحكم باسلامه و باسلام أمه وان كان الاب كافرا هذا اذا أقر الذمى انه ابنه ولا بينة له فان أقام البينة على ذلك ثبت نسب الولد منه ويكون على دينه بخلاف الاقرار ووجه الفرق بين الاقرار و بين الشهادة انه متهم فى اقراره بما يتضمنه اقراره وهو كون الولد على دينه ولا تهمة فى الشهادة لما مر ولو ادعى عبد انه ابنه صحت دعوته وثبت نسبه منه لكنه يكون حرا لما ذكرنا فى دعوى الذمى لانه ادعى شيئين أحدهما نفع اللقيط والآخر مضرة وهو الرق فيصدق فيما ينفعه لا فيما يضره على ما ذكرنا فى دعوى الذمى ولو ادعاه رجلان انه ابنهما ولا بينة لهما فان كان أحدهما مسلما والآخر ذميا فالمسلم أولى لانه أنفع للقيط وكذلك اذا كان أحدهما حرا والآخر عبدا فالحر أولى لانه أنفع له وان كانا مسلمين حرين فان وصف أحدهما علامة فى جسده فالواصف أولى به عندنا وعند الشافعى رحمه الله يرجع الى القائف فيؤخذ بقوله والصحيح قولنا لان الدعوتين متى تعارضتا يجب العمل بالراجح منهما وقد ترجح أحدهما بالعلامة لانه اذا رضى العلامة ولم يصف الآخر دل على ان يده عليه سابقة فلابد لزوالها من دليل والدليل على جواز العمل بالعلامة قوله تعالى عز شأنه خبراً عن أهل تلك المرأة ان كان قميصه قد من قبل فصدقت وهو من الكاذبين وان كان قميصه قد من دبر فكذبت وهو من الصادقين فلما رأى قميصه قد من دبر قال انه من كيدكن ان كيدكن عظيم حكى الله تعالى عن الحكم بالعلامة عن الأمم السالفة فى كتابه العزيز ولم يغير عليهم والحكيم اذا حكى عن منكر غيره فصار الحكم بالعلامة شريعة لنا مبتدأة وكذا عند اختلاف الزوجين فى متاع البيت يميز ذلك بالعلامة كذا ههنا وان لم

يصف أحدهما العلامة يحكم بكونه ابنا لهما اذ ليس أحدهما بأولى من الآخر فان اقام أحدهما البينة فهو أولى به وان أقاما جميعا البينة يحكم بكونه ابنا لهما لانه ليس أحدهما بأولى من الآخر وقد روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه في مثل هذا انه قال انه ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للثاني منهما فان ادعاه أكثر من رجلين فاقام البينة روى عن أبي حنيفة رضي الله عنه انه تسمع من خمسة وقال أبو يوسف من اثنين ولا تسمع من أكثر من ذلك وقال محمد تسمع من ثلاثة ولا تسمع من أكثر من ذلك هذا اذا كان المدعى رجلا فان كانت امرأة فادعت انه ابنها فان صدقها زوجها او شهدت لها القابلة أو قامت البينة صحت دعوتها والا فلا لان فيه حمل نسب الغير على الغير وانه لا يجوز لما نذكره في كتاب الاقرار ولو ادعاه امرأتان وأقامت احداهما البينة فهي أولى به وان أقامتا جميعا فهو ابنهما عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف لا يكون لواحدة منهما وعن محمد روايتان في رواية أبي حفص يجعل ابنهما وفي رواية أبي سليمان لا يجعل ابن واحدة منهما والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ كتاب اللقطة ﴾

الكلام في اللقطة في مواضع في بيان أنواعها وفي بيان أحوالها وفي بيان ما يصنع بها أما الاول فنوعان من غير الحيوان وهو المال الساقط لا يعرف مالكه ونوع من الحيوان وهو الضالة من الابل والبقر والغنم من البهائم الا انه يسمى لقطة من اللقط وهو الاخذ والرفع لانه يلتقط عادة أي يؤخذ ويرفع على ماذكرنا في كتاب اللقيط

﴿ فصل ﴾ وأما بيان أحوالها فنها في الاصل حالان حال ما قبل الاخذ وحال ما بعده أما قبل الاخذ فلها أحوال مختلفة قد يكون مندوب الاخذ وقد يكون مباح الاخذ وقد يكون حرام الاخذ أما حالة الندب فهو أن يخاف عليها الضيعة لو تركها فاخذها لصاحبها أفضل من تركها لانه اذا خاف عليها الضيعة كان أخذها لصاحبها احياء لمال المسلم معنى فكان مستحبا والله تعالى أعلم وأما حالة الاباحة فهو ان لا يخاف عليها الضيعة فيأخذها لصاحبها وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله اذا خاف عليها يجب أخذها وان لم يخف يستحب أخذها وزعم ان الترك عند خوف الضيعة يكون تضييعا لها والتضييع حرام فكان الاخذ واجبا وهذا غير سديد لان الترك لا يكون تضييعا بل هو امتناع من حفظ غير ملزم والامتناع من حفظ غير ملزم لا يكون تضييعا كالامتناع عن قبول الوديعة وأما حالة الحرمة فهو ان يأخذها لنفسه لا لصاحبها لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يأوى الضالة الا ضال والمراد أن يضمها الى نفسه لاجل نفسه لا لاجل صاحبها بالرد عليه لان الضم الى نفسه لاجل صاحبها ليس بحرام ولانه أخذ مال الغير بغير اذنه لنفسه فيكون بمعنى الغصب وكذا لقطة البهيمة من الابل والبقر والغنم عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز التقاطها أصلا واحتج بما روى أن رجلا سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ضالة الابل فقال مالك ولها معها حذاؤها وسقاؤها ترد الماء وترعى الشجر دعها حتى يلقاها ربها نهى عن التعرض لها وأمر بترك الاخذ فدل على حرمة الاخذ (ولنا) ما روى أن رجلا وجد بعيرا بالحرة فعرفه ثم ذكره لسيدنا عمر رضي الله تعالى عنه فأمره أن يعرفه فقال الرجل لسيدنا عمر قد شغلني عن ضيعتي فقال سيدنا عمر ارسله حيث وجدته ولان الاخذ حال خوف الضيعة احياء لمال المسلم فيكون مستحبا وحال عدم الخوف ضرب احراز فيكون مباحا على ماذكرنا وأما الحديث فلا حجة له فيه لان المراد منه أن يكون صاحبه قريبا منه ألا ترى أنه قال عليه الصلاة والسلام حتى يلقاها ربها وانما يقال ذلك اذا كان قريبا أو كان رجاء اللقاء ثابتا ونحن به نقول ولا كلام فيه والدليل عليه انه لما سأله عن ضالة الغنم قال خذها فانها لك أو لاخيك أو للذئب دعاه الى الاخذ ونبه على المعنى وهو خوف الضيعة وانه موجود في الابل والنص الوارد فيها أولى أن يكون واردا في الابل وسائر البهائم دلالة الا أنه عليه الصلاة والسلام فصل بينهما في الجواب من حيث الصورة لهجوم الذئب على الغنم اذا لم يلقها ربها عادة بعيدا كان أو قريبا وكذلك الابل لانها تذب عن نفسها عادة هذا الذي

ذكرنا

ذكرنا حال ما قبل الاخذ وأما حال ما بعده فلها بعد الاخذ حالان في حال هي أمانة وفي حال هي مضمونة أما حالة الامانة فهي أن يأخذها لصاحبها لانه أخذها على سبيل الامانة فكانت يده يد امانة كيد المودع وأما حالة الضمان فهي أن يأخذها لنفسه لان المأخوذ لنفسه مغصوب وهذا لا خلاف فيه وانما الخلاف في شيء آخر وهو أن جهة الامانة انما تعرف من جهة الضمان اما بالتصديق أو بالاشهاد عند أبي حنيفة وعندهما بالتصديق أو باليمين حتى لو هلكت فجاء صاحبها وصدقه في الاخذ له لا يجب عليه الضمان بالاجماع وان لم يشهد لان جهة الامانة قد ثبتت بتصديقه وان كذبه في ذلك فكذا عند أبي يوسف ومحمد أشهد أو لم يشهد ويكون القول قول الملتقط مع يمينه وأما عند أبي حنيفة فان أشهد فلا ضمان عليه لانه بالاشهاد ظهر أن الاخذ كان لصاحبه فظهر أن يده يد أمانة وان لم يشهد يجب عليه الضمان ولو أقر الملتقط أنه أخذها لنفسه يجب عليه الضمان لانه أقر بالغصب والمغصوب مضمون على الغاصب وجه قولهما أن الظاهر انه أخذه لا لنفسه لان الشرع انما مكنه من الاخذ بهذه الجهة فكان اقدامه على الاخذ دليلا على أنه أخذ بالوجه المشروع فكان الظاهر شاهدا له فكان القول قوله ولكن مع الحلف لان القول قول الامين مع اليمين ولابي حنيفة رحمه الله وجهان أحدهما أن أخذ مال الغير بغير اذنه سبب لوجوب الضمان في الاصل الا أنه اذا كان الاخذ على سبيل الامانة بان أخذه لصاحبه فيخرج من أن يكون سببا وذلك انما يعرف بالاشهاد فاذا لم يشهد لم يعرف كون الاخذ لصاحبه فبقي الاخذ سببا في حق وجوب الضمان على الاصل والثاني أن الاصل ان عمل كل انسان له لا لغيره بقوله سبحانه وتعالى وأن ليس للانسان الا ما سعى وقوله تعالى لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت فكان أخذه اللقطة في الاصل لنفسه لا لصاحبها وأخذ مال الغير بغير اذنه لنفسه سبب لوجوب الضمان لانه غصب وانما يعرف الاخذ لصاحبها بالاشهاد فاذا لم يوجد تعين أن الاخذ لنفسه فيجب عليه الضمان ولو أخذ اللقطة ثم ردها الى مكانها الذي أخذها منه لا ضمان عليه في ظاهر الرواية وكذا نص عليه محمد في الموطا وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا هذا الجواب فيما اذا رفعها ولم يبرح عن ذلك المكان حتى وضعها في موضعها فاما اذا ذهب بها عن ذلك المكان ثم ردها الى مكانها يضمن وجواب ظاهر الرواية مطلق عن هذا التفصيل مستغن عن هذا التأويل وقال الشافعي رحمه الله يضمن ذهب عن ذلك المكان أو لم يذهب وجه قوله أنه لما أخذها من مكانها فقد التزم حفظها بمنزلة قبول الوديعة فاذا ردها الى مكانها فقد ضيعها بترك الحفظ الملتزم فاشبه الوديعة اذا ألقاها المودع على قارعة الطريق حتى ضاعت (ولنا) أنه أخذها محتسبا متبرعا ليحفظها على صاحبها فاذا ردها الى مكانها فقد فسخ التبرع من الاصل فصار كانه لم يأخذها أصلا وبه تبين أنه لم يلزم الحفظ وانما تبرع به وقد رده بالرد الى مكانها فارتد وجعل كان لم يكن هذا اذا كان أخذها لصاحبها ثم ردها الى مكانها فضاعت وصدقه صاحبها فيه أو كذبه لكن الملتقط قد كان أشهد على ذلك فان كان لم يشهد يجب عليه الضمان عند أبي حنيفة وعندهما لا يجب أشهد أو لم يشهد ويكون القول قوله مع يمينه أنه أخذها لصاحبها على ما ذكرنا ثم تفسير الاشهاد على اللقطة أن يقول الملتقط بمسمع من الناس انى التقطت لقطة أو عندي لقطة فأي الناس أنشدها فدلوه علي أو يقول عندي شيء فمن رأيتموه يسأل شيأ فدلوه علي فاذا قال ذلك ثم جاء صاحبها فقال الملتقط قد هلكت كان القول قوله ولا ضمان عليه بالاجماع وان كان عنده عشر لقطات لان اسم الشيء واللقطة منكرا ان كان يقع على شيء واحد ولقطة واحدة لغة لكن في مثل هذا الموضع يراد بها كل الجنس في العرف والعادة لا فرد من الجنس اذ المقصود من التعريف ايصال الحق الى المستحق ومطلق الكلام ينصرف الى المتعارف والمعتاد فكان هذا اشهادا على الكل بدلالة العرف والعادة ولو أقر أنه كان أخذها لنفسه لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك لانه ظهر انه أخذها غصبا فكان الواجب عليه الرد الى المالك لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترده فاذا عجز عن رد العين يجب عليه بدلها كما في الغصب وكذلك اذا أخذ الضالة ثم أرسلها الى مكانها الذي أخذها منه فحكمها حكم اللقطة لان هذا أحد نوعي اللقطة وقد روينا في هذا الباب عن سيدنا عمر رضي

الله عنه أنه قال لواجد البعير الضال أرسله حيث وجدته وهذا يدل على انتفاء وجوب الضمان

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يصنع بها فنقول وبالله التوفيق اذا أخذ اللقطة فانه يعرفها لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال عرفها حولا حين سئل عن اللقطة وروى أن رجلا جاء الى عبد الله بن سيدنا عمر رضى الله تعالى عنهما فقال انى وجدت لقطة فما تأمرنى فيها فقال عرفها سنة وروينا عن سيدنا عمر رضى الله عنه أنه أمر بتعريف البعير الضال ثم نقول الكلام فى التعريف فى موضعين أحدهما فى مدة التعريف والثانى فى بيان مكان التعريف أما مدة التعريف فيختلف قدر المدة لاختلاف قدر اللقطة ان كان شيئا له قيمة تبلغ عشرة دراهم فصاعدا يعرفه حولا وان كان شيأ قيمته أقل من عشرة يعرفه أياما على قدر ما يرى وروى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة أنه قال التعريف على خطر المال ان كان مائة ونحوها عرفها سنة وان كان عشرة ونحوها عرفها شهرا وان كان ثلاثة ونحوها عرفها جمعة أو قال عشرة وان كان درهما ونحوه عرفه ثلاثة أيام وان كان دانقا ونحوه عرفه يوما وان كان تمرة أو كسرة تصدق بها وانما تكمل مدة التعريف اذا كان مما لا يتسارع اليه الفساد فان خاف الفساد لم تكمل ويتصدق بها وأما مكان التعريف فالاسواق وأبواب المساجد لانها مجمع الناس وممرهم فكان التعريف فيها أسرع الى تشهير الخبر ثم اذا عرفها فان جاء صاحبها وأقام البينة انها ملكه أخذها لقوله عليه الصلاة والسلام من وجد عين ماله فهو أحق به وان لم يقم البينة ولكنه ذكر العلامة بان وصف عفاصها ووكاءها ووزنها وعددها يحل للملتقط أن يدفع اليه وان شاء أخذ منه كفيلا لان الدفع بالعلامة مما قد ورد به الشرع فى الجملة كما فى اللقيط الا ان هناك يجبر على الدفع وهنا لا يجبر لان هناك يجبر على الدفع بمجرد الدعوى فمع العلامة أولى وهنا لا عبرة بمجرد الدعوى بالاجماع فجاز أن لا يجبر على الدفع مع العلامة ولكن يحل له الدفع وله أن يأخذ كفيلا لجواز مجىء آخر فيدعيها ويقيم البينة ثم اذا عرفها ولم يحضر صاحبها مدة التعريف فهو بالخيار ان شاء أمسكها الى أن يحضر صاحبها وان شاء تصدق بها على الفقراء ولو أراد أن ينتفع بها فان كان غنيا لا يجوز أن ينتفع بها عندنا وعند الشافعى رحمه الله اذا عرفها حولا ولم يحضر صاحبها كان له أن ينتفع بها وان كان غنيا وتكون قرضا عليه واحتج بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لمن سأله عن اللقطة عرفها حولا فان جاء صاحبها والا فشأنك بها وهذا اطلاق الانتفاع للملتقط من غير السؤال عن حاله أنه فقير أو غنى بل ان الحكم لا يختلف (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تحل اللقطة فمن التقط شيأ فليعرفه سنة فان جاء صاحبها فليردها عليه وان لم يأت فليتصدق والاستدلال به من وجهين أحدهما أنه نفى الحل مطلقا وحالة الفقر غير مرادة بالاجماع فتعين حالة الغنى والثانى أنه أمر بالتصدق ومصرف الصدقة الفقير دون الغنى وان الانتفاع بمال المسلم بغير اذنه لا يجوز الا لضرورة ولا ضرورة اذا كان غنيا وأما الحديث فلا حجة له فيه لان قوله عليه الصلاة والسلام فشأنك بها ارشاد الى الاشتغال بالحفظ لان ذلك كان شأنه المعهود باللقط الى هذه الغاية أو نحمله على هذا توفيقا بين الحديثين صيانة لهما عن التناقض واذا تصدق بها على الفقراء فاذا جاء صاحبها كان له الخيار ان شاء أمضى الصدقة وله ثوابها وان شاء ضمن الملتقط أو الفقير ان وجده لان التصدق كان موقوفا على اجازته وأيهما ضمن لم يرجع على صاحبه كما فى غاصب الغاصب وان كان فقيرا فان شاء تصدق بها على الفقراء وان شاء أنفقها على نفسه فاذا جاء صاحبها خيره بين الاجر وبين ان يضمنها له على ما ذكرنا وكذلك اذا كان غنيا جاز له أن يتصدق بها على أبيه وابنه وزوجته اذا كانوا فقراء وكل جواب عرفته فى لقطة الحل فهو الجواب فى لقطة الحرم يصنع بها ما يصنع بلقط الحل من التعريف وغيره وهذا عندنا وعند الشافعى رحمه الله لقطة الحرم تعرف أبدا ولا يجوز الانتفاع بها بحال واحتج بما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال فى صفة مكة ولا تحل لقطتها الا لمنشد أى لمعرف فالمنشد المعرف والناشد الطالب وهو المالك ومعنى الحديث أنه لا تحل لقطة الحرم الا للتعريف (ولنا) ما ذكرنا من الدلائل من غير فصل بين لقطة الحل والحرم ولا حجة له فى الحديث لانا نقول بموجبه أنه لا يحل التقاطها الا

للتعريف

للتعريف وهذا حال كل لقطة الا أنه خص عليه الصلاة والسلام لقطة الحرم بذلك لما لا يوجد صاحبها عادة فتبين ان ذا لا يسقط التعريف وكذلك حكم الضالة في جميع ما وصفنا وتنفرد بحكم آخر وهو النفقة فان انفق عليها بامر القاضي يكون دينا على مالكها وان أنفق بغير اذنه يكون متطوعا فينبغي أن يرفع الامر الى القاضي ينظر في ذلك فان كانت بهيمة يحتمل الانتفاع بها بطريق الاجارة أمره بان يؤاجرها وينفق عليها من أجرتها نظرا للمالك وان كانت مما لا يحتمل الانتفاع بها بطريق الاجارة وخشي أن لو أنفق عليها أن تستغرق النفقة قيمتها أمره ببيعها وحفظ ثمنها مقامها في حكم الهلاك وان رأى الاصلح أن لا يبيعها بل ينفق عليها أمره بان ينفق عليها لكن نفقة لا تزيد على قيمتها ويكون ذلك دينا على صاحبها حتى اذا حضر يأخذ منه النفقة وله أن يحبس اللقطة بالنفقة كما يحبس المبيع بالثمن وان أبى أن يؤدي النفقة باعها القاضي ودفع اليه قدر ما أنفق والله سبحانه وتعالى أعلم

كتاب الاباق

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في تفسير الآبق وفي بيان حاله وفي بيان ما يصنع به وفي بيان حكم ماله (أما) الاول فالآبق اسم لرقيق يهرب من مولاه وأما حاله فحال اللقطة قبل الاخذ وبعده وقد ذكرنا تفاصيله في كتاب اللقطة

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يصنع به فنقول وبالله التوفيق اذا أخذ الآبق لصاحبه فان شاء الآخذ أمسكه على صاحبه حتى يجيء فيأخذه وان شاء ذهب به الى صاحبه فرده عليه فان أمسكه فجاء انسان وادعى أنه عبده فان أقام البينة دفعه اليه وأخذ منه كفيلا ان شاء لجواز أن يجيء آخر فيدعيه ويقيم البينة فله أن يستوثق بكفيل وان لم يكن له بينة ولكن أقر العبد بذلك دفعه اليه أيضا لانه ادعى شيأ لا ينازعه فيه أحد فيكون له ويأخذ منه كفيلا ان شاء لما قلنا وما أنفق عليه فان كان باذن القاضي يرجع به على صاحبه والا فلا لانه يكون متطوعا فان طالت المدة ولم يجئ له طالب باعه القاضي وأخذ ثمنه يحفظه على صاحبه لان ذلك حفظ له معنى فان باعه وأخذ ثمنه ثم جاء انسان وأقام البينة أنه عبده دفع الثمن اليه وليس له أن ينقض البيع لان البيع من القاضي صدر عن ولاية شرعية لانه من باب حفظ ماله اذ لو لم يبع لاتت النفقة على جميع قيمته فيضيع المال فكان بيعه حفظا له من حيث المعنى والقاضي يملك مال الغائب ولهذا يبيع ما يتسارع اليه الفساد ولو زعم المدعي أنه قد كان دبره أو كاتبه لم يصدق في نقض البيع لما قلنا وينفق القاضي عليه في مدة حبسه اياه من بيت المال ثم اذا جاء صاحبه أخذه من صاحبه أو من ثمنه ان باعه لان الانفاق عليه احياء ماله فيكون عليه واذا جاء بالآبق له أن يمسكه بالجعل لانه اذا جاء به فقد استحق الجعل على مالكه فكان له حق حبسه بالجعل كما يحبس المبيع لاستيفاء الثمن ولو هلك في حال الحبس لا ضمان عليه لكن يسقط الجعل كما لا ضمان على البائع بهلاك المبيع المحبوس بالثمن لكن يسقط الثمن عن المشتري ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الرقيق في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يقبل في العبد ولا يقبل في الجارية وهذه المسئلة في كتاب القاضي في بيان شرائط قبول كتاب القاضي الى القاضي

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم ماله فهو استحقاق الجعل عندنا استحسانا والكلام في الجعل في مواضع في بيان أصل الاستحقاق وفي بيان سببه وفي بيان شرطه وفي بيان ما يستحق عليه وفي بيان قدر المستحق (أما) أصل الاستحقاق فثابت عندنا استحسانا والقياس ان لا يثبت أصلا كما لا يثبت برد الضالة وقال الشافعي رحمه الله يثبت بالشرط ولا يثبت بدونه حتى لو شرط الآخذ الجعل على المالك وجب والا فلا (وجه) قول الشافعي رحمه الله أنه رد مال الغير عليه محتسبا فلا يستحق الاجر كما لو رد الضالة الا اذا شرط فيجب عليه بحكم الشرط لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم (ولنا) ما رواه محمد بن الحسن عليه الرحمة عن أبي عمرو الشيباني أنه قال كنت قاعدا عند عبد الله

ابن مسعود فجاء رجل فقال قدم فلان بإباق من القوم فقال القوم لقد أصاب أجرا فقال عبد الله رضي الله عنه وجعلا ان شاء من كل رأس درهما ولم ينقل أنه انكر عليه منكر فيكون اجماعا ولان جعل الآبق طريق صيانة عن الضياع لانه لا يتوصل اليه بالطلب عادة اذ ليس له مقام معلوم يطلب هناك فلو لم يأخذه لضاع ولا يؤخذ لصاحبه و يتحمل مؤنة الاخذ والرد عليه مجانا بلا عوض عادة واذا علم أن له عليه جعلا يحمل مشقة الاخذ والرد طمعاً في الجعل فتحصل الصيانة عن الضياع فكان استحقاق الجعل طريق صيانة الآبق عن الضياع وصيانة المال عن الضياع واجب فكان المالك شارطا للاجر عند الاخذ والرد دلالة بخلاف الضالة لان الدابة اذا ضلت فانها ترعى في المراعى المألوفة فيمكن الوصول اليها بالطلب عادة فلا تضيع دون الاخذ فلا حاجة الى الصيانة بالجعل فان أخذه أحد كان في الاخذ والرد محتسباً فلا يستحق الاجر فهو الفرق وأما سبب استحقاق الجعل فهو الاخذ لصاحبه لانه طريق الصيانة على المالك وهو معنى التسبب

﴿فصل﴾ وأما شرائط الاستحقاق فأنواع (منها) الرد على المالك لان الصيانة تحصل عنده وهو معنى الشرط ان توجد العلة عند وجوده حتى لو أخذه فمات أو أبق من يده قبل الرد لا يستحق الجعل ولو أخذه فأبق من يده فأخذه غيره فرده على المالك فالجعل للثاني ولا شيء للاول لانه لما أبق من يده فقد انفسخ ذلك السبب أو بقي ذلك سببا محضا لانعدام شرطه وهو الرد على المالك وقد وجد السبب والشرط من الثاني فكان الاول صاحب سبب محض والسبب المحض لا حكم له والثاني صاحب علة فيكون الجعل له ولو كان الراد واحداً والآبق اثنين فله جعلان لوجود سبب الاستحقاق وشرطه في كل واحد منهما ولو كان الراد اثنين والآبق واحداً فلهما جعل واحد بينهما نصفان لاشتراكهما في مباشرة السبب والشرط ولو كان الراد واحدا والآبق واحداً والمالك اثنين فعليهما جعل واحد على قدر ملكيهما ولو جاء بالآبق فوجد المالك قد مات فله الجعل في تركته لوجود الرد على المالك من حيث المعنى بالرد على التركة ثم ان كان عليه دين محيط بماله فهو أحق بالعبد حتى يعطى الجعل لما ذكرنا وان لم يكن له مال سوى العبد يقدم الجعل على سائر الديون فيباع العبد و يبدأ بالجعل من ثمنه ثم يقسم الباقي بين الغرماء لانه كان أحق بحبسه من بين سائر الغرماء لاستيفاء الجعل فكان أحق بثمنه بقدر الجعل كالمرتهن هذا اذا جاء به أجنبي فوجد المالك قد مات فأما اذا جاء به وارث الميت فوجد مورثه قد مات فله الجعل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله اذا كان المالك حيا وقت الاخذ وعند أبي يوسف لا جعل له وان كان حيا وقت الاخذ اذا مات قبل الوصول اليه (وجه) قوله انه فات شرط الاستحقاق وهو الرد على المالك لانه رد على نفسه (وجه) قولهما أن المجيء به من مسيرة ثلاثة أيام مثلا في حال حياة المالك على قصد الرد رد على المالك فيستحق الجعل كما اذا وجده حيا ولهذا لو كان الراد أجنبيا استحق الجعل لما قلنا كذا هذا ولو جاء به فأعتقه مولاه قبل أن يرده عليه أو باعه منه فله الجعل لما ذكرنا أن المجيء به على قصد الرد على المالك رد عليه و يجب الجعل برد الآبق المرهون لوجود سبب الوجوب وشرطه وهو الرد على المالك الا انه يجب على المرتهن لان منفعة الصيانة رجعت اليه ألا ترى انه لو ضاع يسقط دينه بقدر قيمته فاذا كانت المنفعة له كانت المضرة عليه لقوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان وسواء كان الراد بالغا أو صبيا حرا أو عبدا لان الصبي من أهل استحقاق الاجر بالعمل وكذا العبد الا أن الجعل لمولاه لانه ليس من أهل ملك المال والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن لا يكون الراد على المالك في عيال المالك حتى لو كان في عياله لا جعل له سواء كان وارثا أو أجنبيا لانه اذا كان في عياله كان الرد منه بمنزلة رد المالك ولانه اذا كان في عياله كان في الرد عليه عاملا لنفسه لان منفعة الرد تعود اليه ومن عمل لنفسه لا يستحق الاجر على غيره والاصل أن الراد اذا كان في عيال المالك لا جعل له كائنا ما كان وان لم يكن في عياله فله الجعل كائنا ما كان الا الابن يرد آبق ابيه والزوج يرد آبق زوجته انه لا جعل لهما وان لم يكونا في عيالهما لان الابن وان لم يكن في عيال أبيه فالرد منه يجري مجرى الخدمة لابيه والابن لا يستحق الاجر بخدمة أبيه لانها

مستحقة عليه ولهذا لو استأجر ابنه لخدمته لا يستحق الاجر بخلاف الاب مع ما أن الاولاد في العادات يحفظون أموال الآباء لطمع الانتفاع بها بطريق الارث فكان رادا عبد نفسه معنى اذ كان بالرد عاملا لنفسه فلا يستحق الاجر وكذلك الزوج اذا رد عبد زوجته فقد رد عبد نفسه معنى لانه ينتفع بما لها عادة وكذلك لا تقبل شهادة كل واحد منهما للآخر فلا يستحق الجعل (وأما) الاب اذا رد عبد ابنه فان كان في عياله لا جعل له لان الاجنبي الذي في عياله لا جعل له فالقرابة أولى وان لم يكن في عياله فله الجعل لان الاب لا يستخدم طبعا وشرعا وعقلا ولهذا لو خدم بالاجر وجب الاجر فلا يمكن حمله على الخدمة فيحمل على طلب الاجر وكذا الآباء لا يحفظون أموال الاولاد للانتفاع بها بطريق الارث لان موتهم يتقدم موت الاولاد عادة فلم يتحقق معنى الرد والعمل لنفسه لذلك افترق الامران وعلى هذا سائر ذوي الارحام من الاخ والعم والخال وغيرهم أن الراد ان كان في عيال المالك لا جعل له لما قلنا وان لم يكن في عياله فله الجعل وعلى هذا الوصي اذا رد عبد اليتيم لا جعل له لان اليتيم في عياله وحفظ ماله مستحق عليه فلا يستحق الجعل على الرد وكذا عبد الوصي اذا رد عبد اليتيم لان رد عبده كرده (ومنها) أن يكون المردود مرقوقا مطلقا كالقن والمدبر وأم الولد حتى لو كان مكاتبا لا جعل له لانه ليس بمرقوق على الاطلاق بل هو فيما يرجع الى مكاسبه حر ولهذا لم يتناوله مطلق اسم المملوك في قول الرجل كل مملوك لي حر الا بالنية بخلاف المدبر وأم الولد ولان استحقاق الجعل معلول بالصيانة عن الضياع ولا حاجة الى الصيانة في المكاتب لانه لا يهرب عادة لان العقد في جانبه غير لازم فلو لم يقدر على بدل الكتابة يعجز نفسه بالاباء عن الكسب بخلاف المدبر وأم الولد لانهما يستخدمان عادة فلعلهما يكلفان ما لا يطيقان فيحملهما ذلك على الهرب فتقع الحاجة الى الصيانة بالجعل كما في القن الا أن الفرق بينهما و بين القن انه اذا جاء بالقن وقد مات المولى قبل أن يصل اليه فله الجعل وان جاء بالمدبر وأم الولد وقد مات المولى قبل الوصول اليه لا جعل له (ووجه) الفرق ظاهر لانهما يعتقان بموت السيد فلم يوجد رد المرقوق أصلا فلا يستحق الجعل بخلاف القن والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان من يستحق عليه فالمستحق عليه هو المالك اذا أبق من يده لان الجعل مؤنة الرد ومنفعة الرد عائدة الى المالك فكانت المؤنة عليه ليكون الخراج بالضمان ولو أبق عبد الرهن من يد المرتهن فالجعل عليه لان منفعة الرد تعود اليه باعتبار الحبس الذي هو وسيلة الى استيفاء الدين فان كان في قيمة العبد فضل على الدين يجب بقدر الدين على المرتهن والزيادة على الراهن والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان قدر المستحق فينظر ان رده من مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا فله أربعون درهما لما روينا من حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما وان رده دون ذلك فبحسابه وان رده من أقصى المصر رضخ له على قدر عنائه وتعبه لان الواجب بمقابلة العمل فيتقدر بقدره الا أن الزيادة على مدة السفر سقط اعتبارها بالشرع فيبقى الواجب في المدة بمقابلة العمل فيزداد بزيادته وينقص بنقصانه هذا اذا كانت قيمة العبد أكثر من الجعل فان كانت مثل الجعل أو أنقص منه ينقص من قيمته درهم عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف له الجعل تاما وان كانت قيمة العبد درهما واحدا واحتج بما روينا عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما أنه قال من كل رأس أربعين درهما اعتبر الرأس دون القيمة (وجه) قولهما ان الواجب معلول بمعنى الصيانة عن الضياع لما ذكرنا ولا فائدة في هذه الصيانة لو اعتبرنا الرأس دون القيمة لانه ان كان يصان من وجه يضيع من وجه آخر فلا فرق بين الضياع بترك الاخذ والامساك و بين الضياع بالجعل فلابد أن ينقص من قيمته درهم ليكون الصون بالاخذ مفيدا والحديث محمول على ما اذا كانت قيمة كل رأس أكثر من أربعين درهما توفيقا بين الدلائل بقدر الامكان والله عز وجل أعلم

﴿ كتاب السباق ﴾

الكلام فى هذا الكتاب فى موضعين فى تفسير السباق وفى بيان شرائط جوازه (أما) الاول فالسباق فعال من السبق وهو أن يسابق الرجل صاحبه فى الخيل أو الابل ونحو ذلك فيقول ان سبقتك فكذا أو ان سبقتنى فكذا ويسمى أيضا رهانا فعالا من ارهن

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط جوازه فأنواع (منها) أن يكون فى الانواع الاربعة الحافر والخف والنصل والقدم لا فى غيرها لما روى عليه الصلاة والسلام انه قال لا سبق الا فى خف أو حافر أو نصال الا انه زيد عليه السبق فى القدم بحديث سيدتنا عائشة رضى الله عنها ففيما وراءه بقى على أصل النفى ولانه لعب واللعب حرام فى الاصل الا أن اللعب بهذه الاشياء صار مستثنى من التحريم شرعا لقوله عليه الصلاة والسلام كل لعب حرام الا ملاعبة الرجل امرأته وقوسه وفرسه حرم عليه الصلاة والسلام كل لعب واستثنى الملاعبة بهذه الاشياء المخصوصة فبقيت الملاعبة بما وراءها على أصل التحريم اذ الاستثناء تكلم بالباقى بعد الثنيا وكذا المسابقة بالخف صارت مستثناة من الحديث وبما روى عن سعيد بن المسيب انه قال ان العضباء ناقة رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت تسبق كلما دفعت فى سباق فدفعت يوما فى ابل فسبقت فكانت على المسلمين كآبة اذ سبقت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الناس اذا رفعوا شيأ أو أرادوا رفع شئ وضعه الله وكذا السبق بالقدم لما روت سيدتنا عائشة رضى الله عنها انها قالت سابقت النبى عليه الصلاة والسلام فسبقته فلما حملت اللحم سابقته فسبقنى فقلت هذا بتلك فصارت هذه الانواع مستثناة من التحريم فبقى ما وراءها على أصل الحرمة ولان الاستثناء يحتمل أن يكون لمعنى لا يوجد فى غيرها وهو الرياضة والاستعداد لاسباب الجهاد فى الجملة فكانت لعبا صورة ورياضة وتعلم أسباب الجهاد فيكون جائزا اذا استجمع شرائط الجواز ولئن كان لعبا لكن اللعب اذا تعلقت به عاقبة حميدة لا يكون حراما ولهذا استثنى ملاعبة الاهل لتعلق عاقبة حميدة بها وهو انبعاث الشهوة الداعية الى الوطء الذى هو سبب التوالد والتناسل والسكنى وغير ذلك من العواقب الحميدة وهذا المعنى لا يوجد فى غير هذه الاشياء فلم يكن فى معنى المستثنى فبقى تحت المستثنى (ومنها) أن يكون الخطر فيه من أحد الجانبين الا اذا وجد فيه محللا حتى لو كان الخطر من الجانبين جميعا ولم يدخلا فيه محللا لا يجوز لانه فى معنى القمار نحو أن يقول أحدهما لصاحبه ان سبقتنى فلك على كذا وان سبقتك فلى عليك كذا فقبل الآخر ولو قال أحدهما لصاحبه ان سبقتنى فلك على كذا وان سبقتك فلا شئ عليك فهو جائز لان الخطر اذا كان من أحد الجانبين لا يحتمل القمار فيحمل على التحريض على استعداد أسباب الجهاد فى الجملة بمال نفسه وذلك مشروع كالتنفيل من الامام بل أولى لان هذا يتصرف فى مال نفسه بالبدل والامام بالتنفيل يتصرف فيما لغيره فيه حق فى الجملة وهو الغنيمة فلما جاز ذلك فهذا بالجواز أولى وكذلك اذا كان الخطر من الجانبين ولكن أدخلا فيه محللا بأن كانوا ثلاثة لكن الخطر من الاثنين منهم ولا خطر من الثالث بل ان سبق أخذ الخطر وان لم يسبق لا يغرم شيأ فهذا مما لا بأس به أيضا وكذلك ما يفعله السلاطين وهو أن يقول السلطان لرجلين من سبق منكما فله كذا فهو جائز لما بينا ان ذلك من باب التحريض على استعداد أسباب الجهاد خصوصا من السلطان فكانت ملحقة بأسباب الجهاد ثم الامام اذا حرض واحدا من الغزاة على الجهاد بأن قال من دخل هذا الحصن أولا فله من النفل كذا ونحوه جاز كذا هذا بل أولى لما بينا (ومنها) أن تكون المسابقة فيما يحتمل أن يسبق ويسبق من الاشياء الاربعة حتى لو كانت فيما يعلم انه يسبق غالبا لا يجوز لان معنى التحريض فى هذه الصورة لا يتحقق فبقى الرهان التزام المال بشرط لا منفعة فيه فيكون عبثا ولعبا والله تعالى أعلم

﴿كتاب الوديعة﴾

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن العقد وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم العقد وفي بيان حال المعقود عليه وفي بيان ما يوجب تغير حاله (أما) ركنه فهو الايجاب والقبول وهو أن يقول لغيره أودعتك هذا الشيء أو احفظ هذا الشيء لي أو خذ هذا الشيء وديعة عندك وما يجري مجراه ويقبله الآخر فاذا وجد ذلك فقد تم عقد الوديعة

﴿فصل﴾ وأما شرائط الركن فأنواع (منها) عقل المودع فلا يصح الايداع من المجنون والصبي الذي لا يعقل لان العقل شرط أهلية التصرفات الشرعية (وأما) بلوغه فليس بشرط عندنا حتى يصح الايداع من الصبي المأذون لان ذلك مما يحتاج اليه التاجر فكان من توابع التجارة فيملكه الصبي المأذون كما يملك التجارة وعند الشافعي رحمه الله لا يملك التجارة فلا يملك توابعها على ما نذكر في كتاب المأذون وكذا حريته ليست بشرط فيملك العبد المأذون الايداع لما قلنا في الصبي المأذون (ومنها) عقل المودع فلا يصح قبول الوديعة من المجنون والصبي الذي لا يعقل لان حكم هذا العقد هو لزوم الحفظ ومن لا عقل له لا يكون من أهل الحفظ (وأما) بلوغه فليس بشرط حتى يصح قبول الوديعة من الصبي المأذون لانه من أهل الحفظ ألا ترى انه أذن له الولي ولو لم يكن من أهل الحفظ لكان الاذن له سفها (وأما) الصبي المحجور عليه فلا يصح قبول الوديعة منه لانه لا يحفظ المال عادة ألا ترى انه منع منه ماله ولو قبل الوديعة فاستهلكها فان كانت الوديعة عبدا أو أمة يضمن بالاجماع وان كانت سواهما فان قبلها باذن الولي فكذلك وان قبلها بغير اذنه لا ضمان عليه عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يضمن (وجه) قوله أن ايداعه لو صح فاستهلاك الوديعة يوجب الضمان وان لم يصح جعل كأنه لم يكن فصار الحال بعد العقد كالحال قبله ولو استهلكها قبل العقد لوجب عليه الضمان اذا كانت الوديعة عبدا أو أمة (وجه) قولهما أن إيداع الصبي المحجور اهلاك للمال معنى فكان فعل الصبي اهلاك مال قائم صورة لا معنى فلا يكون مضمونا عليه ودلالة ما قلنا انه لما وضع المال في يده فقد وضع في يد من لا يحفظه عادة ولا يلزمه الحفظ شرعا ولا شك انه لا يجب عليه حفظ الوديعة شرعا لان الصبي ليس من أهل وجوب الشرائع عليه والدليل على انه لا يحفظ الوديعة عادة انه منع عنه ماله ولو كان يحفظ المال عادة لدفع اليه قال الله تبارك وتعالى فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم وبهذا فارق المأذون لانه يحفظ المال عادة ألا ترى انه دفع اليه ماله ولو لم يوجد منه الحفظ عادة لكان الدفع اليه سفها بخلاف ما اذا كانت الوديعة عبداً أو أمة لان هناك لا يجب عليه ضمان المال أيضا وانما يجب عليه ضمان الدم لان الضمان الواجب بقتل العبد ضمان الآدمي لا ضمان المال والعبد من حيث انه آدمي قائم من كل وجه قبل الايداع وبعده فهو الفرق وكذلك حرية المودع ليست بشرط لصحة العقد حتى يصح القبول من العبد المأذون ويترتب عليه أحكام العقد لانه يحتاج الى الايداع والاستيداع على ما نذكر في كتاب المأذون (وأما) العبد المحجور فلا يصح منه القبول لانه لا يحفظ المال عادة ولو قبلها فاستهلكها فان كانت عبداً أو أمة يؤمر المولى بالدفع أو الفداء وان كانت سواهما فان قبلها باذن وليه يضمن بالاجماع وان قبلها بغير اذن وليه لا يؤاخذ به في الحال عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يؤاخذ به في الحال والكلام في الطرفين على حسب ما ذكرنا في الصبي المحجور

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم العقد فحكمه لزوم الحفظ للمالك لان الايداع من جانب المالك استحفاظ ومن جانب المودع التزام الحفظ وهو من أهل الالتزام فيلزمه لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم والكلام في الحفظ في موضعين أحدهما فيما يحفظ به والثاني فيما فيه يحفظ (أما) الاول فالاستحفاظ لا يخلو من أن يكون مطلقا أو مقيداً فان كان مطلقا فللمودع أن يحفظ بيد نفسه ومن هو في عياله وهو الذي يسكن معه ويمونه فيكفيه

طعامه وشرابه وكسوته كائنا من كان قريباً أو اجنبياً من ولده وامرأته وخدمه وأجيره لا الذي استأجره بالدراهم والدنانير و بيد من ليس في عياله ممن يحفظ ماله بنفسه عادة كشريكه المفاوض والعنان وعبده المأذون وعبده المعزول عن بيته هذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله ليس له أن يحفظ الا بيد نفسه الا أن يستعين بغيره من غير أن يغيب عن عينه حتى لو فعل يدخل في ضمانه (وجه) قوله أن العقد تناوله دون غيره فلا يملك الايداع من غيره كما لا يملك الايداع سائر الاجانب (ولنا) أن الملتزم بالعقد هو الحفظ والانسان لا يلتزم بحفظ مال غيره عادة الا بما يحفظ به مال نفسه وانه يحفظ مال نفسه بيده مرة و بيد هؤلاء أخرى فله أن يحفظ الوديعة بيدهم أيضاً فكان الحفظ بايديهم داخلا تحت العقد دلالة وكذا له ان يرد الوديعة على أيديهم حتى لو هلكت قبل الوصول الى المالك لا ضمان عليه لان يدهم يد المودع معنى فما دام المال في أيديهم كان محفوظا بحفظه وليس له أن يدفع الوديعة الى غيرهم الا لعذر حتى لو دفع تدخل في ضمانه لان المالك ما رضي بيده الا يرى انه لا يرضى مال نفسه بيده فاذا دفع فقد صار مخالفا فتدخل الوديعة في ضمانه الا اذا كان عن عذر بان وقع في داره حريق أو كان في السفينة فخاف الغرق فدفعه الى غيره لان الدفع اليه في هذه الحالة تعين طريقا للحفظ فكان الدفع باذن المالك دلالة فلا يضمن فلو اراد السفر فليس له أن يودع لان السفر ليس بعذر ولو أودعها عند من ليس له أن يودعه فضاعت في يد الثاني فالضمان على الاول لا على الثاني عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد المالك بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني فان ضمن الاول لا يرجع بالضمان على الثاني وان ضمن الثاني يرجع به على الاول (وجه) قولهما انه وجد من كل واحد منهما سبب وجوب الضمان أما الاول فلانه دفع مال الغير الى غيره بغير اذنه وأما الثاني فلانه قبض مال الغير بغير اذنه وكل واحد منهما سبب لوجوب الضمان فيخير المالك ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني كمودع الغاصب مع الغاصب غير انه ان ضمن الاول لا يرجع بالضمان على الثاني لانه ملك الوديعة باداء الضمان فتبين انه أودع ماله نفسه اياه فهذا مودع هلكت الوديعة في يده فلا شئ عليه وان ضمن الثاني يرجع بالضمان على الاول لان الاول غره بالايداع فيلزمه ضمان الغرور وكانه كفل عنه بما يلزمه من العهدة في هذا العقد اذ ضمان الغرور ضمان كفالة ما علم (وجه) قول أبي حنيفة ان يد المودع الثاني ليست بيد مانعة بل هي يد حفظ وصيانة الوديعة عن اسباب الهلاك فلا يصلح ان يكون سبباً لوجوب الضمان لانه من باب الاحسان الى المالك قال الله تعالى جل شأنه ما على المحسنين من سبيل وكان ينبغي ان لا يجب الضمان على الاول ايضاً لان الايداع منه مباشرة سبب الصيانة والحفظ له فكان محسناً فيه الا انه صار مخصوصاً عن النص فبقي المودع الثاني على ظاهره ولو أودع غيره وادعى انه فعل عن عذر لا يصدق على ذلك الا ببينة عند أبي يوسف وهو قياس قول أبي حنيفة رحمه الله كذا ذكر الشيخ القدوري رحمه الله لان الدفع الى غيره سبب لوجوب الضمان في الاصل فدعوى الضرورة دعوى أمر عارض يريد به دفع الضمان عن نفسه فلا يصدق الا بحجة هذا اذا هلكت الوديعة في يد المودع الثاني فاما اذا استهلكها فالمالك بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني بالاجماع غير انه ان ضمن الاول يرجع بالضمان على الثاني وان ضمن الثاني لا يرجع بالضمان على الاول لان سبب وجوب الضمان وجد من الثاني حقيقة وهو الاستهلاك لوقوعه اعجازاً للمالك عن الانتفاع بماله على طريق القهر ولم يوجد من الاول الا الدفع الى الثاني على طريق الاستحفاظ دون الاعجاز الا انه ألحق ذلك بالاعجاز شرعاً في حق اختيار التضمين صورة لانه باشر سبب الاعجاز فكان الضمان في الحقيقة على الثاني لان اقرار الضمان عليه لذلك لم يرجع الاول على الثاني ولم يرجع الثاني على الاول بخلاف مودع الغاصب اذا هلك المغصوب في يده ان المالك يتخير بين ان يضمن الغاصب أو يضمن المودع فان ضمن الغاصب لا يرجع بالضمان على المودع وان ضمن المودع يرجع به على الغاصب وقد تقدم الفرق وعلى هذا اذا أودع رجل من رجلين مالا فان كان محتملا للقسمة اقتسماه وحفظ كل واحد منهما نصفه لانه لما أودعه من رجلين فقد استحفظهما جميعاً فلا بد وان تكون الوديعة في حفظهما جميعاً ولا تتحقق الا بالقسمة ليكون النصف في يد هذا والنصف في يد ذاك

والمحل

والمحل محتمل للقسمة فيقتسمان نصفين ولو سلم أحدهما النصف الى صاحبه فضاعت فن المسلم نصف الوديعة عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد لا يضمن القابض شيئاً بالاجماع ولو كانت الوديعة مما لا يحتمل القسمة فلكل واحد منهما ان يسلم الكل الى صاحبه واذا فعل فضاعت لا ضمان عليه بالاجماع وجه قولهما ان المالك لما استحفظها فقد رضي بيد كل واحد منهما على كل الوديعة كما اذا لم تكن الوديعة محتملة للقسمة (وجه) قول أبي حنيفة ان المالك استحفظ كل واحد منهما في بعض الوديعة لا في كلها فكان راضياً بثبوت يد كل واحد منهما على البعض دون الكل وهذا لما ذكرنا انه لما استحفظهما جميعاً فلا بد ان يكون المال في حفظهما جميعاً ولا يمكن ان يكون كله في يد كل واحد منهما للاستحالة فيقسم ليكون النصف في يد أحدهما والنصف في يد الآخر فاذا كان المحل محتملا للقسمة لم يكن راضياً بكون الكل في يد أحدهما فاذا فعل فقد خالفه فدخل في ضمانه فاذا ضاع ضمن بخلاف ما اذا لم يكن محتملا للقسمة لانه اذا لم يحتمل تعذر ان يكون كله في حفظ كل واحد منهما على التوزيع في زمان واحد فكان راضياً بكونه في يد كل واحد منهما في زمانين على التهايئ فلم يصر مخالفاً بالدفع فهو الفرق وعلى هذا الخلاف الذي ذكرنا المرتهنان والوكيلان بالشراء اذا كان المرهون والمشترى مما يحتمل القسمة فسلمه أحدهما الى صاحبه وأما الثاني وهو الكلام فيما فيه تحفظ الوديعة فان كان العقد مطلقاً فله ان يحفظها فيما يحفظ فيه مال نفسه من داره وحانوته وكيسه وصندوقه لانه ما التزم حفظها الا فيما يحفظ فيه مال نفسه وليس له ان يحفظ في حرز غيره لان حرز غيره في يد ذلك الغير ولا يملك الحفظ بيده فلا يملكه بما في يده أيضاً الا اذا استأجر حرزاً لنفسه فله ان يحفظ فيه لان الحرز في يده فما في الحرز يكون في يده أيضاً فكان حافظاً بيد نفسه فملك ذلك وله ان يحفظ الحضر والسفر بان يسافر بها عند أبي حنيفة سواء كان للوديعة حمل ومؤنة أو لم يكن وعند أبي يوسف ومحمد ان كان لها حمل ومؤنة لا يملك المسافرة بها وان لم يكن يملك وعند الشافعي رحمه الله لا يملك كيف ما كان أما الكلام مع الشافعي رحمه الله فوجه قوله ان المسافرة بالوديعة تضييع المال لان المفازة مضيعة قال النبي عليه أفضل التحية المسافر وماله على قلب الا ما وقى الله فكان التحويل اليها تضييعاً فلا يملكه المودع (ولنا) ان الامر بالحفظ صدر مطلقاً عن تعيين المكان فلا يجوز التعيين الا بدليل قوله المفازة مضيعة قلنا ممنوع او نقول اذا كان الطريق مخوفاً أما اذا كان أمناً فلا والكلام فيما اذا كان الطريق أمناً والحديث محمول على ابتداء الاسلام حين كانت الغلبة للكفرة وكانت الطريق مخوفة ونحن به نقول وأما الكلام مع أصحابنا رضي الله عنهم فوجه قولهما ان في المسافرة بماله حمل ومؤنة ضرراً بالمالك لجواز ان يموت المودع في السفر فيحتاج الى الاسترداد من موضع لا يمكنه ذلك الا بحمل ومؤنة عظيمة فيتضرر به ولا كذلك اذا لم يكن لها حمل ومؤنة ولابي حنيفة على نحو ما ذكرنا مع الشافعي رحمه الله ان الامر بالحفظ لا يتعرض لمكان دون مكان ولا يجوز تقييد المطلق من غير دليل قولهما فيه ضرر قلنا هذا النوع من الضرر ليس بغالب فلا يجب دفعه على انه ان كان فهو الذي أضر بنفسه حيث أطلق الامر ومن لم ينظر لنفسه لا ينظر له هذا اذا كان العقد مطلقاً عن شرط في الفصلين جميعاً فاما اذا شرط فيه شرطا نظر فيه ان كان شرطا يمكن اعتباره ويفيد اعتبر والا فلا بيان ذلك اذا أمره بالحفظ وشرط عليه ان يمسكها بيده ليلا ونهاراً ولا يضعها فالشرط باطل حتى لو وضعها في بيته أو فيما يحرز فيه ماله عادة فضاعت لا ضمان عليه لان امساك الوديعة بيده بحيث لا يضعها أصلا غير مقدور له عادة فكان شرطا لا يمكن مراعاته فيلغو ولو امره بالحفظ ونهاه ان يدفعها الى امرأته أو عبده أو ولده الذي هو في عياله أو من يحفظ مال نفسه بيده عادة نظر فيه ان كان لا يجد بداً من الدفع اليه له ان يدفع لانه اذا لم يجد بداً من الدفع اليه كان النهي عن الدفع اليه نهيا عن الحفظ فكان سفها فلا يصح نهيه وان كان يجد بداً من الدفع اليه ليس له ان يدفع ولو دفع يدخل في ضمانه لانه اذا كان له منه بد في الدفع اليه أمكن اعتبار الشرط وهو مفيد لان الايدي في الحفظ متفاوتة والاصل في الشروط اعتبارها ما أمكن ولو قال لا تخرجها من الكوفة فخرج بها تدخل في ضمانه لانه شرط يمكن اعتباره وهو مفيد

لان الحفظ في المصر أكمل من الحفظ في السفر اذ السفر موضع الخطر الا اذا خاف التلف عليها فاضطر الى الخروج بها فخرج لا تدخل في ضمانه لان الخروج بها في هذه الحالة طريق متعين للحفظ كما اذا وقع في داره حريق أو كان في سفينة فخاف الغرق فدفعها الى غيره ولو قال له احفظ الوديعة في دارك هذه فحفظها في دار له أخرى فان كانت الداران في الحرز سواء أو كانت الثانية أحرز لا تدخل في ضمانه لان التقييد غير مفيد وان كانت الاولى أحرز من الثانية دخلت في ضمانه لان التقييد به عند تفاوت الحرز مفيد وكذلك لو أمره ان يضعها في داره في هذه القرية ونهاه عن ان يضعها في داره في قرية أخرى فهو على هذا التفصيل ولو قال له اخبأها في هذا البيت وأشار الى بيت معين في داره فخبأها في بيت آخر في تلك الدار لا تدخل في ضمانه لان البيتين من دار واحدة لا يختلفان في الحرز عادة بخلاف الدارين فلا يكون التعيين مفيداً حتى لو تفاوتا بان كان الاول أحرز من الثاني تدخل في ضمانه والاصل المحفوظ في هذا الباب ماذكرنا ان كل شرط يمكن مراعاته ويفيد فهو معتبر وكل شرط لا يمكن مراعاته ولا يفيد فهو هدر وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله تجب مراعاة الشروط في المواضع كلها حتى ان المأمور بالحفظ في بيت معين لا يملك الحفظ في بيت آخر من دار واحدة وجه قوله ان الاصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي أوقعه فلا يترك هذا الاصل الا لضرورة ولم توجد وصار كالدارين والجواب نعم اذا تعلقت به عاقبة حميدة فاما اذا خرج مخرج السفه والعبث فلا لان التعيين عند انعدام التفاوت في الحرز يجري مجرى العبث كما اذا قال احفظ بيمينك ولا تحفظ بشمالك أو احفظ في هذه الزاوية من البيت ولا تحفظ في الزاوية الاخرى فلا يصح التعيين لانعدام الفائدة حتى لو تفاوتا في الحرز يصح بخلاف الدارين والاصل في الدارين اختلاف الحرز فكان التعيين مفيداً حتى لو لم يختلف فالجواب فيهما كالجواب في البيتين على ما مر

﴿فصل﴾ وأما بيان حال الوديعة فحالها انها في يد المودع أمانة لان المودع مؤتمن فكانت الوديعة أمانة في يده ويتعلق بكونها أمانة أحكام منها وجوب الرد عند طلب المالك لقوله تعالى جل شأنه ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى أهلها حتى لو حبسها بعد الطلب فضاعت ضمن هذا اذا كانت الوديعة لرجل واحد فاما اذا كانت مشاعاً لرجلين فجاء أحدهما وطلب حصته لا يجب عليه الرد بأن أودع رجلان رجلا وديعة دراهم أو دنانير أو ثياباً وغاب ثم جاء أحدهما وطلب بعضها وأبى المستودع ذلك لم يأمره القاضي بدفع شئ اليه مالم يحضر الغائب عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يقسم ذلك ويدفع اليه حصته ولا يكون ذلك قسمة جائزة على الغائب بلا خلاف حتى لو هلك الباقي في يد المودع ثم جاء الغائب له ان يشارك صاحبه في المقبوض عندهم جميعا ولو هلك المقبوض في يد القابض ثم جاء الغائب فليس للقابض ان يشارك صاحبه في الباقي وجه قولهما ان الآخذ بأخذ حصته متصرف في ملك نفسه فكان له ذلك من غير حضرة الغائب كما اذا كان لرجلين دين مشترك على رجل فجاء أحدهما وطلب حصته من الدين فانه يدفع اليه حصته لما قلنا كذا هذا (وجه) قول أبي حنيفة ان المودع لو دفع شيأ الى الشريك الحاضر لا يخلو اما ان يدفع اليه من النصيبين جميعا واما أن يدفع اليه من نصيبه خاصة لا وجه الى الاول لان دفع نصيب الغائب اليه ممتنع شرعا ولا سبيل الى الثاني لان نصيبه شائع في كل الالف لكون الالف مشتركة بينهما ولا يتميز الا بالقسمة والقسمة على الغائب غير جائزة ولو سلمنا ذلك حتى قالا اذا جاء الغائب وقد هلك الباقي له ان يشارك القابض في المقبوض ولو نفذت القسمة لما شاركه فيه لتميز حقه عن حق صاحبه بالقسمة والقياس على الدين المشترك غير سديد لان الغريم يدفع نصيب أحد الشريكين بدفع مال نفسه لا مال شريكه الغائب وهنا يدفع مال الغائب بغير اذنه فلا يستقيم القياس ولو كان في يده الف درهم فجاءه رجلان وادعى كل واحد منهما انه أودعه اياها فقال المودع أودعها أحدكما ولست أدري أيكما هو فهذا في الاصل لا يخلو من احد وجهين اما ان اصطلح المتداعيان على ان يأخذا الالف وتكون بينهما واما ان لم يصطلحا وادعى كل واحد منهما ان الالف له خاصة لا لصاحبه فان اصطلحا على ذلك فلهما ذلك وليس للمودع ان يمتنع عن تسليم الالف اليهما لانه أقر ان الالف لاحدهما واذا اصطلحا على انها تكون بينهما لا يمنعان عن ذلك وليس لهما ان يستحلفا

المودع بعد الصلح وان لم يصطلحا وادعى كل واحد منهما ان الالف له لا يدفع الى أحدهما شيأ لجهالة المقر له بالوديعة ولكل واحد منهما ان يستحلف المودع فان استحلفه كل واحد منهما فالامر لا يخلو اما أن يحلف لكل واحد منهما واما أن ينكل لكل واحد منهما واما ان يحلف لاحدهما و ينكل للآخر فان حلف لهما فقد انقطعت خصومتهما للحال الى وقت اقامة البينة كما فى سائر الاحكام وهل يملكان الاصطلاح على أخذ الالف بينهما بعد الاستحلاف فهو على الاختلاف المعروف بين أبى حنيفة وأبى يوسف و بين محمد على قولهما لا يملكان وعلى قول محمد يملكان وهى مسئلة الصلح بعد الحلف وقد مرت فى كتاب الصلح وان نكل لهما يقضى بالالف بينهما نصفين و يضمن الفا أخرى بينهما فيحصل لكل واحد منهما الف كاملة لان كل واحد منهما يدعى ان كل الالف له فاذا نكل له والنكول بذل أو اقرار فكانه بذل لكل واحد منهما الفا أو أقر لكل واحد منهما بألف فيقضى عليه بينهما بألف و يضمن أيضا الفا أخرى تكون بينهما ليحصل لكل واحد منهما الف كاملة ولو حلف لاحدهما ونكل للاخر قضى بالالف للذى نكل له ولا شىء للذى حلف له لان النكول حجة من نكل له لا حجة من حلف له ومنها وجوب الاداء الى المالك لان الله أمر باداء الامانات الى أهلها وأهلها مالكها حتى لو ردها الى منزل المالك فجعلها فيه أو دفعها الى من هو فى عيال المالك دخلت فى ضمانه حتى لو ضاعت يضمن بخلاف العارية فان المستعير لو جاء بمتاع العارية وألقاها فى دار المعير أو جاء بالدابة فادخلها فى اصطبله كان ردا صحيحا لان ظاهر النص الذى تلونا أن لا يصح الا انها صارت مخصوصة عن عموم الآيات فبقيت الوديعة على ظاهره ولان القياس فى الموضعين ماذكرنا من لزوم الرد الى المالك الا انا استحسنا فى العارية للعادة الجارية فيها بردها الى بيت المالك أو بدفعها الى من فى عياله حتى لو كانت العارية شيأ نفيسا كعقد جوهر ونحو ذلك لا يصح الرد لانعدام جريان العادة بذلك فى الاشياء النفيسة ولم تجر به العادة فى مال الوديعة فتبقى على أصل القياس ولان مبنى الايداع على الستر والاغفاء عادة فان الانسان انما يودع مال غيره سرا عن الناس لما يتعلق به من المصلحة فلو رده على غير المالك لا نكشف اذ السر اذا جاوز اثنين يفشو فيفوت المعنى المجعول له الايداع بخلاف العارية لان مبناها على الاعلان والاظهار لانها شرعت لحاجة المستعير الى استعمالها فى حوائجه ولا يمكنه الاستعمال سرا عن الناس عادة والرد الى غير المالك لا يفوت ما شرع له العارية فهو الفرق ومنها انه اذا ضاعت فى يد المودع بغير صنعه لا يضمن لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ليس على المستعير غير المغل الضمان ولا على المستودع غير المغل الضمان ولان يده يد المالك فالهلاك فى يده كالهلاك فى يد المالك وكذلك اذا دخلها نقص لان النقصان هلاك بعض الوديعة وهلاك الكل لا يوجب الضمان فهلاك البعض أولى ومنها ان المودع مع المودع اذا اختلفا فقال المودع هلكت أو قال رددتها اليك وقال المالك بل استهلكتها فالقول قول المودع لان المالك يدعى على الامين أمرا عارضا وهو التعدى والمودع مستصحب لحال الامانة فكان متمسكا بالاصل فكان القول قوله لكن مع اليمين لان التهمة قائمة فيستحلف دفعا للتهمة وكذلك اذا قال المودع استهلكت من غير اذنى وقال المودع بل استهلكتها أنت أو غيرك بأمرك أن القول قول المودع لما قلنا ولو قال انها قد ضاعت ثم قال بعد ذلك بل كنت رددتها اليك لكنى أوهمت لم يصدق وهو ضامن لانه نفى الرد بدعوى الهلاك ونفى الهلاك بدعوى الرد فصار نافيا ما أثبته مثبتا ما نفاه وهذا تناقض فلا تسمع منه دعوى الضياع والرد لان المناقض لا قول له ولانه لما ادعى دعوتين وأكذب نفسه فى كل واحدة منهما فقد ذهبت أمانته فلا يقبل قوله

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يغير حال المعقود عليه من الامانة الى الضمان فانواع منها ترك الحفظ لانه بالعقد التزم حفظ الوديعة على وجه لو ترك حفظها حتى هلكت يضمن بدلها وذلك بطريق الكفالة ولهذا لو رأى انسانا يسرق الوديعة وهو قادر على منعه ضمن لترك الحفظ الملتزم بالعقد وهو معنى قول مشايخنا ان المودع يؤخذ بضمان العقد ومنها ترك الحفظ للمالك بان خالفه فى الوديعة بان كانت الوديعة ثوبا فلبسه أو دابة فركبها أو عبدا فاستعمله أو أودعها من ليس فى

عياله ولا هو ممن يحفظ ماله بيده عادة لان الملتزم بالعقد هو الحفظ للمالك فاذا حفظ لنفسه فقد ترك الحفظ للمالك فدخلت فى ضمانه وحكى عن الفقيه أبى جعفر الهندوانى انه منع دخول العين فى ضمانه فى المناظرة حين قدم بخارى وسئل عن هذه المسألة وهذا خلاف اطلاق الكتاب فانه قال يبرأ عن الضمان والبراءة عن الضمان بعد الدخول فى الضمان تكون وكذلك المودع مع المودع اذا اختلفا فقال المودع هلكت الوديعة أو رددتها اليك وقال المالك استهلكتها ان كان قبل الخلاف فالقول قول المودع وان كان بعده فالقول قول المالك ونحو ذلك مما يدل على دخول الوديعة فى ضمانه بالخلاف وان خالف فى الوديعة ثم عاد الوفاق يبرأ عن الضمان عند علمائنا الثلاثة وعند زفر والشافعى لا يبرأ عن الضمان وجه قولهما ان الوديعة لما دخلت فى ضمان المودع بالخلاف فقد ارتفع العقد فلا يعود الا بالتجديد ولم يوجد فصار كما لو جحد الوديعة ثم أقر بها وكذلك المستعير والمستأجر اذا خالفا ثم عادا الى الوفاق لا يبرآن عن الضمان لما قلنا كذا هذا ولنا انه بعد الخلاف مودع والمودع اذا هلكت الوديعة من غير صنعه لا ضمان عليه كما قبل الخلاف ودلالة انه بعد الخلاف مودع أن المودع من يحفظ مال غيره له بأمره وهو بعد الخلاف والاشتغال بالحفظ حافظ مال المالك له بامره لان الامر تناول ما بعد الخلاف قوله الوديعة دخلت فى ضمان المودع فيرتفع العقد قلنا معنى الدخول فى ضمان المودع انه انعقد سبب وجوب الضمان موقوفا وجوبه على وجود شرطه وهو الهلاك فى حالة الخلاف لكن هذا لم يوجب ارتفاع العقد أليس ان من وكل انسانا ببيع عبده بالفى درهم فباعه بألف وسلمه الى المشترى دخل العبد فى ضمانه لانعقاد سبب وجوب الضمان وهو تسليم مال الغير الى غيره من غير اذنه ومع ذلك بقى العقد حتى لو أخذه كان له بيعه بالفين كذا هذا على أنا ان سلمنا ان العقد انفسخ لكن فى قدر ما فات من حقه وحكمه وهو الحفظ الملتزم للمالك فى زمان الخلاف لا فيما بقى فى المستقبل كما اذا استحفظه باجر كل شهر بكذا وترك الحفظ فى بعض الشهر ثم اشتغل به فى الباقى بقى العقد فى الباقى يستحق الاجرة بقدره والجامع بينهما أن الارتفاع لضرورة فوات حكم العقد فلا يظهر الا فى قدر الفائت بخلاف الاجارة والاعارة لان الاجارة تمليك المنفعة وهى تمليك منافع مقدرة بالمكان أو الزمان فاذا بلغ المكان المذكور فقد انتهى العقد لانتهاء حكمه فلا يعود الا بالتجديد وكذا الاعارة لانها تمليك المنفعة عندنا الا انها تمليك المنفعة بغير عوض والاجارة تمليك المنفعة بعوض وأما حكم عقد الوديعة فلزوم الحفظ للمالك مطلقا أو شهرا او زمان ما بعد الخلاف داخل فى المطلق والوقت فلا ينقضى بالخلاف بل يتقرر فهو الفرق ومنها جحود الوديعة فى وجه المالك عند طلبه حتى لو قامت البينة على الايداع أو نكل المودع عن اليمين أو أقر به دخلت فى ضمانه لان العقد لما ظهر بالحجة فقد ظهر ارتفاعه بالجحود أو عنده لان المالك لما طلب منه الوديعة فقد عزله عن الحفظ والمودع لما جحد الوديعة حال حضرة المالك فقد عزل نفسه عن الحفظ فانفسخ العقد فبقى مال الغير فى يده بغير اذنه فيكون مضمونا عليه فاذا هلك تقرر الضمان ولو جحد الوديعة ثم أقام البينة على هلاكها فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه اما ان أقام البينة على أنها هلكت بعد الجحود أو قبل الجحود أو مطلقا فان أقام البينة على أنها هلكت بعد الجحود أو مطلقا لا ينتفع ببينته لان العقد ارتفع بالجحود أو عنده فدخلت العين فى ضمانه والهلاك بعد ذلك يقرر الضمان لا ان يسقطه وان أقام البينة على انها هلكت قبل الجحود تسمع بينته ولا ضمان عليه لان الهلاك قبل الجحود لما ثبت بالبينة فقد ظهر انتهاء العقد قبل الجحود فلا يرتفع بالجحود فظهر ان الوديعة هلكت من غير صنعه فلا يضمن ولو ادعى الهلاك قبل الجحود ولا بينة له وطلب اليمين من المودع حلفه القاضى بالله تعالى ما يعلم انها هلكت قبل جحوده لانه الاصل فى باب الاستحلاف أن الذى يستحلف عليه لو كان أمر الو أقر به الحالف للزمه فاذا أنكر يستحلف وهنا كذلك لان المالك لو أقر بالهلاك قبل الجحود لقبل منه ويسقط الضمان عن المودع فاذا أنكر يستحلف لكن على العلم لانه يستحلف على فعل غيره هذا اذا جحد حال حضرة المالك فان جحد عند غير المالك حال غيبته قال أبو يوسف لا يضمن وقال زفر رحمه الله يضمن فى الحالين جميعا وجه قول زفر ان ماهو سبب وجوب الضمان لا يختلف بالحضرة والغيبة كسائر الاسباب وجه قول

ابى

أبي يوسف ان الجحود سبب للضمان من حيث انه يرفع العقد بالعزل على ما بينا ولا يصح العزل حالة الغيبة فلا يرتفع العقد ولان الجحود عند غير المالك حال غيبته معدود من باب الحفظ والصيانة عرفا وعادة لان مبنى الايداع على الستر والاخفاء فكان الجحود عند غير المالك حال غيبته حفظا معنى فكيف يكون سببا لوجوب الضمان ومنها الاتلاف حقيقة أو معنى وهو اعجاز المالك عن الانتفاع بالوديعة لان اتلاف مال الغير بغير اذنه سبب لوجوب الضمان حتى لو طلب الوديعة فمنعها المودع مع القدرة على الدفع والتسليم اليه حتى هلكت يضمن لانه لما حبسها عنه عجز عن الانتفاع بها للحال فدخلت في ضمانه فاذا هلكت تقرر العجز فيجب الضمان ولو أمر غيره بالاتلاف وادعى انه كان باذن المالك لا يصدق الا ببينة لان الاتلاف سبب لوجوب الضمان في الاصل وقوله كان باذن المالك دعوى أمر عارض فلا تقبل الا بحجة وكذلك المودع اذا خلط الوديعة بماله خلطا لا يتميز يضمن لانه اذا كان لا يتميز فقد عجز المالك من الانتفاع بالوديعة فكان الخلط منه اتلافا فيضمن ويصير ملكا بالضمان وان مات كان ذلك لجميع الغرماء والمودع اسوة الغرماء فيه ولو اختلطت بماله بنفسها من غير صنعه لا يضمن وهو شريك لصاحبها أما عدم وجوب الضمان فلانعدام الاتلاف منه بل تلفت بنفسها لانعدام الفعل من جهته وأما كونه شريكا لصاحبها فلوجود معنى الشركة وهو اختلاط الملكين ولو أودعه رجلان كل واحد منهما الف درهم فخلط المودع المالين خلطا لا يتميز فلا سبيل لهما على أخذ الدراهم ويضمن المودع لكل واحد منهما الفا ويكون المخلوط له وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد هما بالخيار ان شا آ اقتسما المخلوط نصفين وان شا آ ضمنا المودع الفين وعلى هذا الخلاف سائر المكيلات والموزونات اذا خلط الجنس بالجنس خلطا لا يتميز كالحنطة بالحنطة والشعير بالشعير والدهن بالدهن وجه قولهما ان الوديعة قائمة بعينها لكن عجز المالك عن الوصول اليها بعارض الخلط فان شا آ اقتسما لاعتبار جهة القيام وان شا آ ضمنا لاعتبار جهة العجز وجه قول أبي حنيفة رحمه الله انه لما خلطهما خلطا لا يتميز فقد عجز كل واحد منهما عن الانتفاع بالمخلوط فكان الخلط منه اتلاف الوديعة عن كل واحد منهما فيضمن ولهذا يثبت اختيار التضمين عندهما واختيار التضمين لا يثبت الا بوجود الاتلاف دل ان الخلط منه وقع اتلافا ولو أودعه رجل حنطة وآخر شعيرا فخلطهما فهو ضامن لكل واحد منهما مثل حقه عند أبي حنيفة لان الخلط اتلاف وعندهما لهما ان يأخذا العين ويبيعاها ويقتسما الثمن على قيمة الحنطة مخلوطا بالشعير وعلى قيمة الشعير غير مخلوط بالحنطة لان قيمة الحنطة تنقص بخلط الشعير وهو يستحق الثمن لقيام الحق في العين وهو مستحق العين بخلاف قيمة الشعير لان قيمة الشعير تزداد بالخلط بالحنطة وتلك الزيادة ملك الغير فلا يستحقها صاحب الشعير ولو أنفق المودع بعض الوديعة ضمن قدر ما انفق ولا يضمن الباقي لانه لم يوجد منه الاتلاف الا قدر ما أنفق ولو رد مثله فخلطه بالباقي يضمن الكل لوجود اتلاف الكل منه النصف بالاتلاف والنصف الباقي بالخلط لكون الخلط اتلافا على ما بينا ولو أخذ بعض دراهم الوديعة لينفقها فلم ينفقها ثم ردها الى موضعها بعد أيام فضاعت لا ضمان عليه عندنا وعند الشافعي رحمه الله يضمن وجه قوله انه أخذها على وجه التعدي فيضمن كما لو انتفع بها (ولنا) ان نفس الاخذ ليس باتلاف ونية الاتلاف ليس باتلاف فلا توجب الضمان والاصل فيه ماروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ان الله تبارك وتعالى عزشأنه عفا عن أمتي ما حدثت به أنفسها ما لم يتكلموا أو يفعلوا ظاهر الحديث يقتضي أن يكون ما حدثت به النفس عفوا على العموم الا ما خص بدليل وعلى هذا الخلاف اذا أودعه كيسا مسدودا فحله المستودع أو صندوقا مقفلا ففتح القفل ولم يأخذ منه شيأ حتى ضاع أو مات المودع فان كانت الوديعة قائمة بعينها ترد على صاحبها لان هذا عين ماله ومن وجد عين ماله فهو أحق به على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وان كانت لا تعرف بعينها فهي دين في تركته يحاص الغرماء لانه لما مات مجهلا للوديعة فقد أتلفها معنى لخروجها من ان تكون منتفعا بها في حق المالك بالتجهيل وهو تفسير الاتلاف ولو قالت الورثة انها هلكت أو ردت على المالك لا يصدقون على ذلك لان الموت مجهلا سبب لوجوب الضمان لكونه اتلافا فكان

دعوى الهلاك والرد دعوى أمر عارض فلا يقبل الا بحجة ويحاص المودع الغرماء لانه دين الاستهلاك على ماذكرنا فيساوى دين الصحة والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ كتاب العارية ﴾

الكلام فى هذا الكتاب يقع فى مواضع فى بيان ركن العارية وفى بيان شرائط الركن وفى بيان حكم العقد وفى بيان ما يملكه المستعير من التصرف فى المستعار وما لا يملكه وفى بيان صفة الحكم وفى بيان حال المستعار وفى بيان ما يوجب تغير حاله أما ركنها فهو الايجاب من المعير وأما القبول من المستعير فليس بركن عند أصحابنا الثلاثة استحسانا والقياس ان يكون ركنا وهو قول زفر كما فى الهبة حتى ان من حلف لا يعير فلانا فأعاره ولم يقبل يحنث كما اذا حلف لا يهب فلانا شيأ فوهبه ولم يقبل وهى مسئلة كتاب الهبة والايجاب هو ان يقول أعرتك هذا الشئ أو منحتك هذا الثوب أو هذه الدار أو أطعمتك هذه الارض أو هذه الارض لك طعمة أو أخدمتك هذا العبد أو هذا العبد لك خدمة أو حملتك على هذه الدابة اذا لم ينو به الهبة أو دارى لك سكنى أو دارى لك عمرى سكنى أما لفظ الاعارة فصريح فى بابها وأما المنحة فهى اسم للعطية التى ينتفع الانسان بها زمانا ثم يردها على صاحبها وهو معنى العارية قال النبى عليه الصلاة والسلام المنحة مردودة ومنحة الارض زراعتها قال النبى عليه الصلاة والسلام ازرعها أو امنحها أخاك وكذا الاطعام المضاف الى الارض هو اطعام منافعها التى تحصل منها بالزراعة من غير عوض عرفا وعادة وهو معنى العارية وأما الاخدام العبد اياه فجعل خدمته بغير عوض وهو تفسير العارية وكذا قوله دارى لك سكنى أو عمرى سكنى هو جعل سكنى الدار له من غير عوض وسكنى الدار منفعتها المطلوبة منها عادة فقد أتى بمعنى الاعارة وأما قوله حملتك على هذه الدابة فانه يحتمل الاعارة والهبة فاى ذلك نوى فهو على ما نوى لانه نوى ما يحتمل لفظه وعند الاطلاق ينصرف الى العارية لانها أدنى فكان الحمل عليها أولى ولو قال دارى لك رقبى أو حبس فهو عارية عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف هبة وقوله رقبى أو حبس باطل وهى مسئلة كتاب الهبة

﴿ فصل ﴾ وأما الشرائط التى يصير الركن بها اعارة شرعا فأنواع منها العقل فلا تصح الاعارة من المجنون والصبى الذى لا يعقل وأما البلوغ فليس بشرط عندنا حتى تصح الاعارة من الصبى المأذون لانها من توابع التجارة وانه يملك التجارة فيملك ما هو من توابعها وعند الشافعى لا يملك وهى مسئلة كتاب المأذون وكذا الحرية ليست بشرط فيملكها العبد المأذون لانها من توابع التجارة فيملك ذلك ومنها القبض من المستعير لان الاعارة عقد تبرع فلا يفيد الحكم بنفسه بدون القبض كالهبة ومنها ان يكون المستعار مما يمكن الانتفاع به بدون استهلاكه فان لم يكن لا تصح اعارته لان حكم العقد ثبت فى المنفعة لا فى العين الا اذا كانت ملحقة بالمنفعة على ما نذكره فى موضعه

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم العقد فالكلام فيه فى موضعين أحدهما فى بيان أصل الحكم والثانى فى بيان صفته أما الاول فهو ملك المنفعة للمستعير بغير عوض أو ما هو ملحق بالمنفعة عرفا وعادة عندنا وعند الشافعى اباحة المنفعة حتى يملك المستعير الاعارة عندنا فى الجملة كالمستأجر يملك الاجارة وعنده لا يملكها أصلا كالمباح له الطعام لا يملك الاباحة من غيره وجه قول الشافعى دلالة الاجماع والمعقول اما الاجماع فلجواز العقد من غير أجل ولو كان تمليك المنفعة لما جاز من غير أجل كالاجارة وكذا المستعير لا يملك أن يؤجر العارية ولو ثبت الملك له فى المنفعة لملك كالمستأجر وأما المعقول فهو أن القياس يأبى تمليك المنفعة لان بيع المعدوم لانعدام المنفعة حالة العقد والمعدوم لا يحتمل البيع لانه بيع ما ليس عند الانسان وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه الا انها جعلت موجودة عند العقد فى باب الاجارة حكما للضرورة ولا ضرورة الى الاعارة فبقيت المنافع فيها على أصل العدم (ولنا) أن المعير سلطه على تحصيل المنافع وصرفها الى نفسه على وجه زالت يده عنها والتسليط على هذا الوجه يكون تمليكا لا اباحة كما فى الاعيان وانما

صح من غير أجل لان بيان الاجل للتحرز عن الجهالة المفضية الى المنازعة والجهالة فى باب العارية لا تفضى الى المنازعة لانها عقد جائز غير لازم ولهذا المعنى لا يملك الاجارة لانها عقد لازم والاعارة عقد غير لازم فلو ملك الاجارة لكان فيه اثبات صفة اللزوم بما ليس بلازم أو سلب صفة اللزوم عن اللازم وكل ذلك باطل وقوله المنافع منعدمة عند العقد قلنا نعم لكن هذا لا يمنع جواز العقد كما فى الاجارة وهذا لان العقد الوارد على المنفعة عندنا عقد مضاف الى حين وجود المنفعة فلا ينعقد فى حق الحكم الا عند وجود المنفعة شيأ فشيأ على حسب حدوثها فلم يكن بيع المعدوم ولا بيع ما ليس عند الانسان وعلى هذا تخرج اعارة الدراهم والدنانير انها تكون قرضا لا اعارة لان الاعارة لما كانت تمليك المنفعة أو اباحة المنفعة على اختلاف الاصلين ولا يمكن الانتفاع الا باستهلاكها ولا سبيل الى ذلك الا بالتصرف فى العين لا فى المنفعة ولا يمكن تصحيحها اعارة حقيقية فتصحح قرضا مجازا لوجود معنى الاعارة فيه حتى لو استعار حليا ليتجمل به صح لانه يمكن الانتفاع به من غير استهلاك بالتجمل فامكن العمل بالحقيقة فلا ضرورة الى الحمل على المجاز وكذا اعارة كل ما لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه كالمكيلات والموزونات يكون قرضا لا اعارة لما ذكرنا ان محل حكم الاعارة المنفعة لا العين الا اذا كان ملحقا بالمنفعة عرفا وعادة كما اذا منح انسانا شاة أو ناقة لينتفع بلبنها ووبرها مدة ثم يردها على صاحبها لان ذلك معدود من المنافع عرفا وعادة فكان له حكم المنفعة وقد روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال هل من أحد يمنح من ابله ناقة أهل بيت لا در لهم وهذا يجرى مجرى الترغيب كمن منح منحة ورق أو منحة لبن كان له بعدل رقبة وكذا لو منح جديا أو عناقا كان عارية لانه يعرض أن ينتفع بلبنه وصوفه ويتصل بهذا الفصل بيان ما يملكه المستعير من التصرف فى المستعار وما لا يملكه فنقول وبالله التوفيق جملة الكلام فيه ان عقد الاعارة لا يخلو من أحد وجهين اما ان كان مطلقا واما ان كان مقيدا فان كان مطلقا بان اعار دابته انسانا ولم يسم مكانا ولا زمانا ولا الركوب ولا الحمل فله ان يستعملها فى أى مكان وزمان شاء وله ان يركب أو يحمل لان الاصل فى المطلق ان يجرى على اطلاقه وقد ملكه منافع العارية مطلقا فكان له أن يستوفيها على الوجه الذى ملكها الا أنه لا يحمل عليها ما يعلم أن مثلها لا يطيق بمثل هذا الحمل ولا يستعملها ليلا ونهارا ما لا يستعمل مثلها من الداب لذلك عادة حتى لو فعل فعطبت يضمن لان العقد وان خرج مخرج الاطلاق لكن المطلق يتقيد بالعرف والعادة دلالة كما يتقيد نصا وله أن يعير العارية عندنا سواء كانت العارية مما يتفاوت فى استيفاء المنفعة أولا لان اطلاق العقد يقتضى ثبوت الملك للمستعير فكان هو فى التمليك من غيره على الوجه الذى ملكه متصرفا فى ملك نفسه الا أنه لا يملك الاجارة لما قلنا فان آجر وسلم الى المستأجر ضمن لانه دفع مال الغير اليه بغير اذنه فصار غاصبا فان شاء ضمنه وان شاء ضمن المستأجر لانه قبض مال الغير بغير اذنه كالمشترى من الغاصب الا أنه اذا ضمن المستعير لا يرجع بالضمان على المستأجر لانه ملكه باداء الضمان فتبين أنه آجر ملك نفسه وان ضمن المستأجر فان كان عالما بكونها عارية فى يده لا يرجع على المستعير وان لم يكن عالما بذلك يرجع عليه لانه اذا لم يعلم به فقد صار مغرورا من جهة المستعير فيرجع عليه بضمان الغرور وهو ضمان الكفالة فى الحقيقة واذا كان عالما لم يصر مغرورا من جهته فلا يرجع عليه. وهل يملك الايداع اختلف المشايخ فيه قال مشايخ العراق يملك وهو قول بعض مشايخنا لانه يملك الاعارة فالايداع أولى لانها دون الاعارة وقال بعضهم لا يملك استدلالا بمسئلة مذكورة فى الجامع الصغير وهى أن المستعير اذا رد العارية على يد أجنبي ضمن ومعلوم أن الرد على يده ايداع اياه ولو ملك الايداع لما ضمن وان كان مقيدا فيراعى فيه القيد ما امكن لان أصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذى تصرف الا اذا لم يمكن اعتباره لعدم الفائدة ونحو ذلك فلغا الوصف لان ذلك يجرى مجرى العبث ثم انما يراعى القيد فيما دخل لا فيما لم يدخل لان المطلق اذا قيد ببعض الاوصاف يبقى مطلقا فيما وراءه فيراعى عند الاطلاق فيما وراءه بيان هذه الجملة فى مسائل اذا أعار انسانا دابة على أن يركبها المستعير بنفسه ليس له أن يعيرها من غيره وكذلك اذا أعاره ثوبا

على أن يلبسه بنفسه لما ذكرنا أن الاصل فى المقيد اعتبار القيد فيه الا اذا تعذر اعتباره واعتبار هذا القيد ممكن لانه مقيد لتفاوت الناس فى استعمال الدواب والثياب ركوبا ولبسا فلزم اعتبار القيد فيه فان فعل حتى هلك ضمن لانه خالف وان ركب بنفسه وأردف غيره فعطبت فان كانت الدابة مما تطيق حملهما جميعا يضمن نصف قيمة الدابة لانه لم يخالف الا فى قدر النصف وان كانت الدابة مما لا تطيق حملهما ضمن جميع قيمتها لانه استهلكها ولو أعاره دارا ليسكنها بنفسه فله أن يسكنها غيره لان المملوك بالعقد السكنى والناس لا يتفاوتون فيه عادة فلم يكن التقييد بسكناه مفيدا فيلغو الا اذا كان الذى يسكنها اياه حدادا أو قصارا ونحوهما ممن يوهن عليه البناء فليس له أن يسكنها اياه ولا أن يعمل بنفسه ذلك لان المعير لا يرضى به عادة والمطلق يتقيد بالعرف والعادة كما فى الاجارة ولو أعاره دابة على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم شعير فليس له أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة لان الحنطة أثقل من الشعير فكان اعتبار القيد مفيدا فيعتبر ولو أعارها على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فله أن يحمل عليها عشرة مخاتيم شعير أو دخنا أو أرزا أو غير ذلك مما يكون مثل الحنطة أو أخف منها استحسانا والقياس أن لا يكون له ذلك حتى انها لو عطبت لا يضمن استحسانا والقياس أن يضمن وهو قول زفر لانه خالف وجواب الاستحسان أن هذا وان كان خلافا صورة فليس بخلاف معنى لان المالك يكون راضيا به دلالة فلم يكن التقييد بالحنطة مفيدا وصار كما لو شرط عليه أن يحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة نفسه فحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة غيره فانه لا يكون مخالفا حتى لا يضمن كذا هذا ولو قال على ان يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة ليس له أن يحمل عليها حطبا أو تبنا أو آجرا أو حديدا أو حجارة سواء كان مثلها فى الوزن أو أخف لان ذلك أشق على الدابة أو أنكى لظهرها أو أعقر ولو فعل حتى عطبت ضمن ولو قال على ان يحمل عليها مائة من قطنا فحمل عليها مثله من الحديد وزنا فعطبت يضمن لان القطن ينبسط على ظهر الدابة فكان ضرورته أقل من الحديد لانه يكون فى موضع واحد فكان ضرره بالدابة أكثر والرضا بادنى الضررين لا يكون رضا باعلاهما فكان التقييد مفيدا فيلزم اعتباره ولو قال على ان يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها من الحنطة زيادة على المسمى فى القدر فعطبت نظر فى ذلك فان كانت الزيادة مما لا تطيق الدابة حملها يضمن جميع قيمتها لان حمل ما لا تطيق الدابة اتلاف للدابة وان كانت الدابة مما تطيق حملها يضمن من قيمتها قدر الزيادة حتى لو قال على ان يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها أحد عشر مختوما فعطبت يضمن جزأ من احد عشر جزأ من قيمتها لانه لم يتلف منها الا هذا القدر ولو قيدها بالمكان بان قال على ان تستعملها فى مكان كذا فى المصر يتقيد به وله ان يستعملها فى أى وقت شاء باى شىء شاء لان التقييد لم يوجد الا بالمكان فبقى مطلقا فيما وراءه لكنه لا يملك ان يجاوز ذلك المكان حتى لو جاوزه دخل فى ضمانه ولو أعادها الى المكان المأذون لا يبرأ عن الضمان حتى لو هلكت من قبل التسليم الى المالك يضمن وهذا قول أبى حنيفة عليه الرحمة الآخر وكان يقول أولا يبرأ عن الضمان كالمودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق ثم رجع ووجه الفرق بين العارية والوديعة قد ذكرناه فى كتاب الوديعة وكذلك لو قيدها بالزمان بان قال على ان يستعملها يوما يبقى مطلقا فيما وراءه لكنه يتقيد بالزمان حتى لو مضى اليوم ولم يردها على المالك حتى هلكت يضمن لما قلنا وكذلك لو قيدها بالحمل وكذلك لو قيدها بالاستعمال بان قال على ان يستعملها حتى لو أمسكها ولم يستعملها حتى هلكت يضمن لان الامساك منه خلاف فيوجب الضمان ولو اختلف المعير أو المستعير فى الايام أو المكان أو فيما يحمل عليها فالقول قول المعير لان المستعير يستفيد ملك الانتفاع من المعير فكان القول فى المقدار والتعيين قوله لكن مع اليمين دفعا للتهمة

﴿فصل﴾ وأما صفة الحكم فهى ان الملك الثابت للمستعير ملك غير لازم لانه ملك لا يقابله عوض فلا يكون لازما كالملك الثابت بالهبة فكان للمعير ان يرجع فى العارية سواء أطلق العارية أو وقت لها وقتا وعلى هذا اذا استعار من آخر أرضا ليبنى عليها أو ليغرس فيها ثم بدا للمالك ان يخرجه فله ذلك سواء كانت العارية مطلقة أو موقتة لما قلنا غير انها ان

كانت مطلقة له أن يجبر المستعير على قلع الغرس و نقض البناء لان فى الترك ضرراً بالمعير لانه لا نهاية له واذا قلع ونقض لا يضمن المعير شيئاً من قيمة الغرس والبناء لانه لو وجب عليه الضمان لوجب بسبب الغرور ولا غرور من جهته حيث أطلق العقد ولم يوقت فيه وقتاً فاخرجه قبل الوقت بل هو الذى غر نفسه حيث حمل المطلق على الابد وان كانت موقتة فاخرجه قبل الوقت لم يكن له ان يخرجه ولا يجبر على النقض والقلع والمستعير بالخيار ان شاء ضمن صاحب الارض قيمة غرسه و بنائه قائماً سليماً وترك ذلك عليه لانه لما وقت للعارية وقتاً ثم أخرجه قبل الوقت فقد غره فصار كفيلا عنه فيما يلزمه من العهدة اذ ضمان الغرور كفالة فكان له أن يرجع عليه بالضمان و يملك صاحب الارض البناء والغرس باداء الضمان لان هذا حكم المضمونات انها تملك باداء الضمان وان شاء أخذ غرسه و بناءه ولا شئ على صاحب الارض ثم انما يثبت خيار القلع والنقض للمستعير اذا لم يكن القلع أو النقض مضراً بالارض فان كان مضراً بها فالخيار للمالك لان الارض أصل والبناء والغرس تابع لها فكان المالك صاحب أصل والمستعير صاحب تبع فكان اثبات الخيار لصاحب الاصل أولى ان شاء أمسك الغرس والبناء بالقيمة وان شاء رضى بالقلع والنقض هذا اذا استعار أرضاً للغرس أو البناء فاما اذا استعار أرضاً للزراعة فزرعها ثم أراد صاحب الارض ان يأخذها لم يكن له ذلك حتى يحصد الزرع بل يترك فى يده الى وقت الحصاد باجر المثل استحساناً فى القياس ان يكون له ذلك كما فى البناء والغرس ووجه الفرق للاستحسان ان النظر من الجانبين ورعاية الحقين واجب عند الامكان وذلك ممكن فى الزرع لان ادراك الزرع له وقت معلوم فيمكن النظر من الجانبين جانب المستعير لا شك فيه وجانب المالك بالترك الى وقت الحصاد بالاجر ولا يمكن فى الغرس والبناء لانه ليس لذلك وقت معلوم فكان مراعاة صاحب الاصل أولى وقالوا فى باب الاجارة اذا انقضت المدة والزرع بقل لم يستحصد انه يترك فى يد المستأجر الى وقت الحصاد باجر المثل كما فى العارية لما قلنا بخلاف باب الغصب لان الترك للنظر والغاصب جان فلا يستحق النظر بل يجبر على القلع

﴿ فصل ﴾ واما بيان حال المستعار فحاله انه أمانة فى يد المستعير فى حال الاستعمال بالاجماع فاما فى غير حال الاستعمال فكذلك عندنا وعند الشافعى رحمه الله مضمون واحتج بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعار من صفوان درعاً يوم حنين فقال صفوان اغصباً يا محمد فقال عليه الصلاة والسلام بل عارية مضمونة ولان العين مضمونة الرد حال قيامها فكانت مضمونة القيمة حال هلاكها كالمغصوب وهذا لان العين اسم للصورة والمعنى و بالهلاك ان عجز عن رد الصورة لم يعجز عن رد المعنى لان قيمة الشئ معناه فيجب عليه رده بمعناه كما فى الغصب ولانه قبض مال الغير لنفسه فيكون مضموناً عليه كالمقبوض على سوم الشراء (ولنا) انه لم يوجد من المستعير سبب وجوب الضمان فلا يجب عليه الضمان كالوديعة والاجارة وانما قلنا ذلك لان الضمان لا يجب على المرء بدون فعله وفعله الموجود منه ظاهراً هو العقد والقبض وكل واحد منهما لا يصلح سبباً لوجوب الضمان اما العقد فلانه عقد تبرع بالمنفعة تمليكاً أو اباحة على اختلاف الاصلين واما القبض فلوجهين أحدهما ان قبض مال الغير بغير اذنه لا يصلح سبباً لوجوب الضمان فبالاذن أولى وهذا لان قبض مال الغير بغير اذنه هو اثبات اليد على مال الغير وحفظه وصيانته عن الهلاك وهذا احسان فى حق المالك قال الله تبارك وتعالى جل شأنه هل جزاء الاحسان الا الاحسان وقال تبارك وتعالى ما على المحسنين من سبيل دل ان قبض مال الغير بغير اذنه لا يصلح سبباً لوجوب الضمان فمع الاذن أولى الثانى ان القبض المأذون فيه لا يكون تعدياً لانه لا يفوت يد المالك ولا ضمان الا على المتعدى قال الله تبارك وتعالى ولا عدوان الا على الظالمين بخلاف قبض الغصب وأما الاستدلال بضمان الرد قلنا ان وجب عليه رد العين حال قيامها لم يجب عليه رد القيمة حال هلاكها وقوله قيمتها معناها قلنا ممنوع وهذا لان القيمة هى الدراهم والدنانير والدراهم والدنانير عين أخرى لها صورة ومعنى غير العين الاولى فالعجز عن رد احد العينين لم يوجب رد العين الاخرى وفى باب الغصب لا يجب عليه ضمان القيمة بهذا الطريق بل بطريق آخر وهو اتلاف المغصوب معنى لما علم وهنا لم يوجد حتى لو وجد يجب الضمان

ثم نقول انما وجب عليه ضمان الرد لان العقد متى انتهى بانتهاء المدة أو بالطلب بقي العين في يده كالمغصوب والمغصوب مضمون الرد حال قيامه ومضمون القيمة حال هلاكه وعندنا اذا هلكت في تلك الحالة ضمن واما قوله قبض مال الغير لنفسه فنعم لكن قبض مال الغير لنفسه بغير اذنه لا يصلح سبباً لوجوب الضمان لما ذكرنا فمع الاذن أولى والمقبوض على سوم الشراء غير مضمون بالقبض بل بالعقد بطريق التعاطي بشرط الخيار الثابت دلالة لما علم ولا حجة له في حديث صفوان لان الرواية قد اختلفت فقد روى انه هرب من رسول الله صلى الله عليه وسلم فارسل اليه فأمنه وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يريد حنيناً فقال هل عندك شيء من السلاح فقال عارية أو غصباً فقال عليه الصلاة والسلام عارية فاعاره و لم يذكر فيه الضمان والحادثة حادثة واحدة مرة واحدة فلا يكون الثابت الا احدهما فتعارضت الروايتان فسقط الاحتجاج مع ما انه ان ثبت فيحتمل ضمان الرد و به نقول فلا يحمل على ضمان الغير مع الاحتمال يؤيد ما قلنا ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال العارية مؤداة

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يوجب تغير حالها فالذي يغير حال المستعار من الامانة الى الضمان ما هو المغير حال الوديعة وهو الاتلاف حقيقة أو معنى بالمنع بعد الطلب أو بعد انقضاء المدة و بترك الحفظ و بالخلاف حتى لو حبس العارية بعد انقضاء المدة أو بعد الطلب قبل انقضاء المدة يضمن لانه واجب الرد في هاتين الحالتين لقوله عليه الصلاة والسلام العارية مؤداة وقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترده ولان حكم العقد انتهى بانقضاء المدة أو الطلب فصارت العين في يده كالمغصوب والمغصوب مضمون الرد حال قيامه ومضمون القيمة حال هلاكه ولو رد العارية مع عبده أو ابنه أو بعض من في عياله أو مع عبد المعير أو ردها بنفسه الى منزل المالك وجعلها فيه لا يضمن استحساناً والقياس أن يضمن كما في الوديعة وقد ذكرنا الفرق بينهما في كتاب الوديعة وكذا اذا ترك الحفظ حتى ضاعت وكذا اذا خالف الا أن في باب الوديعة اذا خالف ثم عاد الى الوفاق يبرأ عن الضمان عند أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم وهنا لا يبرأ وقد تقدم الفرق في كتاب الوديعة ولو تصرف المستعير وادعى ان المالك قد أذن له بذلك وجحد المالك فالقول قول المالك حتى يقوم للمستعير على ذلك بينة لان التصرف منه سبب لوجوب الضمان في الاصل فدعوى الاذن منه دعوى أمر عارض فلا تسمع الا بدليل والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ كتاب الوقف والصدقة ﴾

أما الوقف فالكلام فيه في مواضع في بيان جواز الوقف وكيفيته وفي بيان شرائط الجواز وفي بيان حكم الوقف الجائز وما يتصل به (أما) الاول فنقول و بالله التوفيق لا خلاف بين العلماء في جواز الوقف في حق وجوب التصدق بالفرع ما دام الواقف حياً حتى ان من وقف داره أو أرضه يلزمه التصدق بغلة الدار والارض و يكون ذلك بمنزلة النذر بالتصدق بالغلة ولا خلاف أيضاً في جوازه في حق زوال ملك الرقبة اذا اتصل به قضاء القاضي أو اضافه الى ما بعد الموت بأن قال اذا مت فقد جعلت داري أو أرضي وقفاً على كذا أو قال هو وقف في حياتي صدقة بعد وفاتي واختلفوا في جوازه مزيلا لملك الرقبة اذا لم توجد الاضافة الى ما بعد الموت ولا اتصل به حكم حاكم قال أبو حنيفة عليه الرحمة لا يجوز حتى كان للواقف بيع الموقوف وهبته واذا مات يصير ميراثاً لورثته وقال أبو يوسف ومحمد وعامة العلماء رضي الله تعالى عنهم يجوز حتى لا يباع ولا يوهب ولا يورث ثم في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة لا فرق بين ما اذا وقف في حالة الصحة و بين ما اذا وقف في حالة المرض حتى لا يجوز عنده في الحالين جميعاً اذا لم توجد الاضافة ولا حكم الحاكم وروى الطحاوي عنه انه اذا وقف في حالة المرض جاز عنده و يعتبر من الثلث و يكون بمنزلة الوصية بعد وفاته وأما عندهما فهو جائز في الصحة والمرض وعلى هذا الخلاف اذا بنى رباطاً أو خاناً للمجتازين أو سقاية للمسلمين أو جعل أرضه مقبرة لا تزول رقبة هذه الاشياء عن ملكه عند أبي حنيفة الا اذا أضافه الى ما بعد الموت أو حكم به حاكم وعندهما

يزول

يزول بدون ذلك لكن عند أبي يوسف بنفس القول وعند محمد بواسطة التسليم وذلك بسكنى المجتازين في الرباط والخان وسقاية الناس من السقاية والدفن في المقبرة وأجمعوا على أن من جعل داره أو أرضه مسجدا يجوز وتزول الرقبة عن ملكه لكن عزل الطريق وافرازه والاذن للناس بالصلاة فيه والصلاة شرط عند أبي حنيفة ومحمد حتى كان له أن يرجع قبل ذلك وعند أبي يوسف تزول الرقبة عن ملكه بنفس قوله جعلته مسجدا وليس له أن يرجع عنه على ما نذكره (وجه) قول العامة الاقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدين وعامة الصحابة رضوان الله تعالى عليهم أجمعين فانه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقف ووقف سيدنا أبو بكر وسيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علي وغيرهم رضي الله عنهم وأكثر الصحابة وقفوا ولان الوقف ليس الا ازالة الملك عن الموقوف وجعله لله تعالى خالصا فأشبه الاعتاق وجعل الارض أو الدار مسجدا والدليل عليه أنه يصح مضافا الى ما بعد الموت فيصح منجزا وكذا لو اتصل به قضاء القاضي يجوز وغير الجائز لا يحتمل الجواز لقضاء القاضي ولابي حنيفة عليه الرحمة ما روي عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أنه قال لما نزلت سورة النساء وفرضت فيها الفرائض قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا حبس عن فرائض الله تعالى أي لا مال يحبس بعد موت صاحبه عن القسمة بين ورثته والوقف حبس عن فرائض الله تعالى عز شأنه فكان منفيا شرعا وعن شريح أنه قال جاء محمد ببيع الحبيس وهذا منه رواية عن النبي عليه الصلاة والسلام انه يجوز بيع الموقوف لان الحبيس هو الموقوف فعيل بمعنى المفعول اذ الوقف حبس لغة فكان الموقوف محبوسا فيجوز بيعه وبه تبين ان الوقف لا يوجب زوال الرقبة عن ملك الواقف (وأما) وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم فانما جاز لان المانع من وقوعه حبسا عن فرائض الله عز وجل ودفعه صلى الله عليه وسلم لم يقع حبسا عن فرائض الله تعالى لقوله صلى الله عليه وسلم انا معاشر الانبياء لا نورث ما تركنا صدقة (وأما) أوقاف الصحابة رضي الله عنهم فما كان منها في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم احتمل انها كانت قبل نزول سورة النساء فلم تقع حبسا عن فرائض الله تعالى وما كان بعد وفاته عليه الصلاة والسلام فاحتمل أن ورثتهم أمضوه بالاجازة وهذا هو الظاهر ولا كلام فيه وانما جاز مضافا الى ما بعد الموت لانه لما أضافه الى ما بعد الموت فقد أخرجه مخرج الوصية فيجوز كسائر الوصايا لكن جوازه بطريق الوصية لا يدل على جوازه لا بطريق الوصية ألا ترى لو أوصى بثلث ماله للفقراء جاز ولو تصدق بثلث ماله على الفقراء لا يجوز وأما اذا حكم به حاكم فانما جاز لان حكمه صادف محل الاجتهاد وأفضى اجتهاده اليه وقضاء القاضي في موضع الاجتهاد بما أفضى اليه اجتهاده جائز كما في سائر المجتهدات

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الجواز فأنواع بعضها يرجع الى الواقف وبعضها يرجع الى نفس الوقف وبعضها يرجع الموقوف (أما) الذي يرجع الى الواقف فأنواع (منها) العقل (ومنها) البلوغ فلا يصح الوقف من الصبي والمجنون لان الوقف من التصرفات الضارة لكونه ازالة الملك بغير عوض والصبي والمجنون ليسا من أهل التصرفات الضارة ولهذا لا تصح منهما الهبة والصدقة والاعتاق ونحو ذلك (ومنها) الحرية فلا يملكه العبد لانه ازالة الملك والعبد ليس من أهل الملك وسواء كان مأذونا أو محجورا لان هذا ليس من باب التجارة ولا من ضرورات التجارة فلا يملكه المأذون كما لا يملك الصدقة والهبة والاعتاق (ومنها) أن يخرجه الواقف من يده ويجعل له قيما ويسلمه اليه عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف هذا ليس بشرط واحتج بما روي أن سيدنا عمر رضي الله عنه وقف وكان يتولى أمر وقفه بنفسه وكان في يده وروي عن سيدنا علي رضي الله عنه انه كان يفعل كذلك ولان هذا ازالة الملك لا الى حد فلا يشترط فيه التسليم كالاعتاق ولهما أن الوقف اخراج المال عن الملك على وجه الصدقة فلا يصح بدون التسليم كسائر التصرفات (وأما) وقف سيدنا عمر وسيدنا علي رضي الله عنهما فاحتمل انهما أخرجاه عن أيديهما وسلماه الى المتولي بعد ذلك فصح كمن وهب من آخر شيأ أو تصدق أو لم يسلم اليه وقت الصدقة والهبة ثم سلم صح التسليم كذا هذا

ثم التسليم في الوقف عندهما أن يجعل له قيما ويسلمه اليه وفي المسجد أن يصلي فيه جماعة بأذان واقامة باذنه كذا ذكر القاضي في شرح الطحاوي وذكر القدوري رحمه الله في شرحه انه اذا أذن للناس بالصلاة فيه فصلى واحد كان تسليما ويزول ملكه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهل يشترط أن لا يشرط الواقف لنفسه من منافع الوقف شيأ عند أبي يوسف ليس بشرط وعند محمد شرط (وجه) قول محمد أن هذا اخراج المال الى الله تعالى وجعله خالصا له وشرط الانتفاع لنفسه يمنع الاخلاص فيمنع جواز الوقف كما اذا جعل أرضه أو داره مسجدا وشرط من منافع ذلك لنفسه شيأ وكما لو أعتق عبده وشرط خدمته لنفسه ولابي يوسف ماروى عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه وقف وشرط في وقفه لا جناح على من وليه أن يأكل منه بالمعروف وكان يلي أمر وقفه بنفسه وعن أبي يوسف رحمه الله أن الواقف اذا شرط لنفسه بيع الوقف وصرف ثمنه الى ماهو أفضل منه يجوز لان شرط البيع شرط لا ينافيه الوقف ألا ترى انه يباع باب المسجد اذا خلق وشجر الوقف اذا يبس (ومنها) أن يجعل آخره بجهة لا تنقطع أبدا عند أبي حنيفة ومحمد فان لم يذكر ذلك لم يصح عندهما وعند أبي يوسف ذكر هذا ليس بشرط بل يصح وان سمى جهة تنقطع ويكون بعدها للفقراء وان لم يسمهم (وجه) قول أبي يوسف انه ثبت الوقف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن الصحابة ولم يثبت عنهم هذا الشرط ذكرا وتسمية ولان قصد الواقف أن يكون آخره للفقراء وان لم يسمهم هو الظاهر من حاله فكان تسمية هذا الشرط ثابتا دلالة والثابت دلالة كالثابت نصا ولهما ان التأبيد شرط جواز الوقف لما نذكر وتسمية جهة تنقطع توقيت له معنى فيمنع الجواز (وأما) الذي يرجع الى نفس الوقف فهو التأبيد وهو أن يكون مؤبدا حتى لو وقت لم يجز لانه ازالة الملك لا الى حد فلا تحتمل التوقيت كالاعتاق وجعل الدار مسجدا

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع الى الموقوف فأنواع (منها) أن يكون مما لا ينقل ولا يحول كالعقار ونحوه فلا يجوز وقف المنقول مقصودا لما ذكرنا ان التأبيد شرط جوازه ووقف المنقول لا يتأبد لكونه على شرف الهلاك فلا يجوز وقفه مقصودا الا اذا كان تبعا للعقار بأن وقف ضيعة ببقرها وأكرتها وهم عبيده فيجوز كذا قاله أبو يوسف وجوازه تبعا لغيره لا يدل على جوازه مقصودا كبيع الشرب ومسيل الماء والطريق انه لا يجوز مقصودا ويجوز تبعا للارض والدار وان كان شيأ جرت العادة بوقفه كوقف المر والقدوم لحفر القبور ووقف المرجل لتسخين الماء ووقف الجنازة وثيابها ولو وقف أشجارا قائمة فالقياس أن لا يجوز لانه وقف المنقول وفي الاستحسان يجوز لتعامل الناس ذلك وما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ولا يجوز وقف الكراع والسلاح في سبيل الله تعالى عند أبي حنيفة لانه منقول وما جرت العادة به وعند أبي يوسف ومحمد يجوز ويجوز عندهما بيع ماهرم منها أو صار بحال لا ينتفع به فيباع ويرد ثمنه في مثله كأنهما تركا القياس في الكراع والسلاح بالنص وهو ماروى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال أما خالد فقد احتبس أكراعا وأفراسا في سبيل الله تعالى ولا حجة لهما في الحديث لانه ليس فيه انه وقف ذلك فاحتمل قوله حبسه أي أمسكه للجهاد لا للتجارة (وأما) وقف الكتب فلا يجوز على أصل أبي حنيفة (وأما) على قولهما فقد اختلف المشايخ فيه وحكى عن نصر بن يحيي أنه وقف كتبه على الفقهاء من أصحاب أبي حنيفة (ومنها) أن يكون الموقوف مقسوما عند محمد فلا يجوز وقف المشاع وعند أبي يوسف هذا ليس بشرط ويجوز مقسوما كان أو مشاعا لان التسليم شرط الجواز عند محمد والشيوع يخل بالقبض والتسليم وعند أبي يوسف التسليم ليس بشرط أصلا فلا يكون الخلل فيه مانعا وقد روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه ملك مائة سهم بخيبر فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم احبس أصلها فدل على أن الشيوع لا يمنع صحة الوقف وجواب محمد رحمه الله يحتمل انه وقف مائة سهم قبل القسمة ويحتمل انه بعدها فلا يكون حجة مع الشك والاحتمال على انه ان ثبت أن الوقف كان قبل القسمة فيحمل انه وقفها شائعا ثم قسم وسلم وقد روى انه فعل كذلك وذلك جائز كما لو وهب مشاعا ثم قسم وسلم

﴿فصل﴾ وأما حكم الوقف الجائز وما يتصل به فالوقف اذا جاز على اختلاف العلماء في ذلك فحكمه أنه يزول

الموقوف عن ملك الواقف ولا يدخل في ملك الموقوف عليه لكنه ينتفع بغلته بالتصدق عليه لان الوقف حبس الاصل وتصدق بالفرع والحبس لا يوجب ملك المحبوس كالرهن والواجب أن يبدأ بصرف الفرع الى مصالح الوقف من عمارته واصلاح ماوهي من بنائه وسائر مؤناته التي لا بدمنها سواء شرط ذلك الواقف أو لم يشرط لان الوقف صدقة جارية في سبيل الله تعالى ولا تجرى الا بهذا الطريق ولو وقف داره على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى لان المنفعة له فكانت المؤنة عليه لقوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان كالعبد الموصى بخدمته ان نفقته على الموصى له بالخدمة لما قلنا كذا هذا فان امتنع من العمارة ولم يقدر عليها بأن كان فقيراً آجرها القاضي وعمرها بالاجرة لان استبقاء الوقف واجب ولا يبقى الا بالعمارة فاذا امتنع عن ذلك أو عجز عنه ناب القاضي منابه في استبقائه بالاجارة كالعبد والدابة اذا امتنع صاحبها عن الانفاق عليها أنفق القاضي عليها بالاجارة كذا هذا وما انهدم من بناء الوقف وآلته صرفه الحاكم في عمارة الوقف ان احتاج اليه وان استغنى عنه أمسكه الى وقت الحاجة الى عمارته فيصرفه فيها ولا يجوز أن يصرفه الى مستحقي الوقف لان حقهم في المنفعة والغلة لا في العين بل هي حق الله تعالى على الخلوص ولو جعل داره مسجداً فخرب جوار المسجد أو استغنى عنه لا يعود الى ملكه ويكون مسجداً أبداً عند أبي يوسف وعند محمد يعود الى ملكه (وجه) قول محمد انه ازال ملكه بوجه مخصوص وهو التقرب الى الله تعالى بمكان يصلي فيه الناس فاذا استغنى عنه فقد فات غرضه منه فيعود الى ملكه كما لو كفن ميتاً ثم أكله سبع وبقي الكفن يعود الى ملكه كذا هذا ولابي يوسف انه لما جعله مسجداً فقد حرره وجعله خالصاً لله تعالى على الاطلاق وصح ذلك فلا يحتمل العود الى ملكه كالاعتاق بخلاف تكفين الميت لانه ما حرر الكفن وانما دفع حاجة الميت به وهو ستر عورته وقد استغنى عنه فيعود ملكا له وقوله ازال ملكه بوجه وقع الاستغناء عنه قلنا ممنوع فان المجتاز بن يصلون فيه وكذا احتمال عود العمارة قائم وجهة القربة قد صحت بيقين فلا تبطل باحتمال عدم حصول المقصود ولو وقف داراً أو أرضاً على مسجد معين قال بعضهم هو على الاختلاف على قول أبي يوسف يجوز وعلى قول محمد لا يجوز بناء على أن المسجد عند أبي يوسف لا يصير ميراثاً بالخراب وعند محمد يصير ميراثاً وقال أبو بكر الاعمش ينبغي أن يجوز بالاتفاق وقال أبو بكر الاسكاف ينبغي أن لا يجوز بالاتفاق

﴿فصل﴾ وأما الصدقة اذا قال داري هذه في المساكين صدقة تصدق بثمنها وان تصدق بعينها جاز لان الناذر بالنذر يتقرب الى الله تعالى بالمنذور به ومعنى القربة يحصل بالتصدق بثمن الدار بل أولى ولو تصدق بعين الدار جاز لانه أدى المنصوص عليه ولو قال داري هذه صدقة موقوفة على المساكين تصدق بالسكنى والغلة عند أبي حنيفة لان المنذور به صدقة موقوفة والوقف حبس الاصل وتصدق بالفرع ولو قال مالي في المساكين صدقة تصدق بكل مال تجب فيه الزكاة استحساناً والقياس أن يتصدق بالكل لان اسم المال ينطلق على الكل (وجه) الاستحسان أن ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى ثم ايجاب الصدقة المتعلقة باسم المال من الله تعالى في قوله تعالى خذ من أموالهم صدقة ونحو ذلك نصرف الى بعض الاموال دون الكل فكذا ايجاب العبد ولو قال ما أملكه فهو صدقة تصدق بجميع ماله ويقال له أمسك قدر ما تنفقه على نفسك وعيالك الى أن تكتسب مالاً فاذا اكتسب مالاً تصدقت بمثل ما أمسكت لنفسك لانه اضاف الصدقة الى المملوك وجميع ماله مملوك له فيتصدق بالجميع الا انه يقال له امسك قدر النفقة لانه لو تصدق بالكل على غيره لاحتاج الى أن يتصدق غيره عليه وقد قال عليه الصلاة والسلام ابدأ بنفسك ثم بمن تعول والله عز وجل أعلم

﴿كتاب الدعوى﴾

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن الدعوى وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حد المدعي

والمدعى عليه وفى بيان حكم الدعوى ومايتصل به وفى بيان حجة المدعى والمدعى عليه وفى بيان علائق اليمين وفى بيان ماتندفع به الخصومة عن المدعى عليه ويخرج عن كونه خصما وفى بيان حكم تعارض الدعوتين مع تعارض البينتين وحكم تعارض الدعوى لاغير وفى بيان حكم الملك والحق الثابت فى المحل (أما) ركن الدعوى فهو قول الرجل لى على فلان أو قبل فلان كذا أو قضيت حق فلان أو أبرأنى عن حقه ونحو ذلك فاذا قال ذلك فقد تم الركن

﴿ فصل ﴾ وأما الشرائط المصححة للدعوى فانواع منها عقل المدعى والمدعى عليه فلا تصح دعوى المجنون والصبى الذى لا يعقل وكذا لا تصح الدعوى عليهما حتى لا يلزم الجواب ولا تسمع البينة لانهما مبنيان على الدعوى الصحيحة ومنها ان يكون المدعى معلوما لتعذر الشهادة والقضاء بالمجهول والعلم بالمدعى انما يحصل بأحد أمرين اما الاشارة واما التسمية وجملة الكلام فيه ان المدعى لا يخلو اما ان يكون عينا واما أن يكون دينا فان كان عينا فلا يخلو اما ان كان محتملا للنقل أو لم يكن محتملا للنقل فان كان محتملا للنقل فلا بد من احضاره لتمكن الاشارة اليه عند الدعوى والشهادة فيصير معلوما بها الا اذا تعذر نقله كحجر الرحى ونحوه فان شاء القاضى استحضره وان شاء بعث اليه أمينا وان لم يكن محتملا للنقل وهو العقار فلا بد من بيان حده ليكون معلوما لان العقار لا يصير معلوما الا بالتحديد ثم لا خلاف فى أنه لا يكتفى فيه بذكر حد واحد وكذا بذكر حدين عند أبى حنيفة ومحمد خلافا لابى يوسف وهل تقع الكفاية بذكر ثلاثة حدود قال علماؤنا الثلاثة رضى الله عنهم نعم وقال زفر رضى الله عنه لا وهى مسألة كتاب الشروط وكذا لا بد من بيان موضع المحدود وبلده ليصير معلوما هذا اذا كان المدعى عينا فان كان دينا فلا بد من بيان جنسه ونوعه وقدره وصفته لان الدين لا يصير معلوما الا ببيان هذه الاشياء ومنها ان يذكر المدعى فى دعوى العقار انه فى يد المدعى عليه لان الدعوى لا بد وان تكون على خصم والمدعى عليه انما يصير خصما اذا كان بيده فلا بد وان يذكر انه فى يده ليصير خصما فاذا ذكر وأنكر المدعى عليه ولا بينة للمدعى فانه يحلف من غير الحاجة الى اقامة البينة من المدعى على انه فى يد المدعى عليه ولو كان له بينة لا تسمع حتى يقيم البينة على أنه فى يد هذا المدعى عليه ووجه الفرق ان من الجائز ان يكون صاحب اليد غيره واصطلحا على ذلك فلو سمع القاضى بينته لكان قضاء على الغائب وهذا المعنى هنا متعذر لانه لا قضاء هنا أصلا لان المدعى عليه لا يخلو اما ان يحلف واما ان ينكل فان حلف فالامر فيه ظاهر وان نكل فكذا لان القاضى لا يقضى بشئ وانما يأمره بأن يخرج من الدار ويخلى بينها وبين المدعى ومنها ان يذكر انه يطالبه به لان حق الانسان انما يجب ايفاؤه بطلبه ومنها ان يكون بلسانه عينا اذا لم يكن به عذر الا اذا رضى المدعى عليه بلسان غيره عند أبى حنيفة وعندهما ليس بشرط حتى لو وكل المدعى بالخصومة من غير عذر ولم يرض به المدعى عليه لا تصح دعواه عنده حتى لا يلزم الجواب ولا تسمع منه البينة وعندهما تصح حتى يلزم وتسمع لما علم فى كتاب الوكالة ومنها مجلس الحكم فلا تسمع الدعوى الا بين يدى القاضى كما لا تسمع الشهادة الا بين يديه ومنها حضرة الخصم فلا تسمع الدعوى والبينة الا على خصم حاضر الا اذا التمس المدعى بذلك كتابا حكميا للقضاء به فيجيبه القاضى اليه فيكتب الى القاضى الذى الغائب فى بلده بما سمعه من الدعوى والشهادة ليقضى عليه وهذا عندنا وعند الشافعى رحمه الله حضرة المدعى عليه ليست بشرط لسماع الدعوى والبينة والقضاء فيجوز القضاء على الغائب عنده وعندنا لا يجوز وجه قول الشافعى رحمه الله انه ظهر صدق المدعى فى دعواه على الغائب بالبينة فيجوز القضاء ببينته قياسا على الحاضر ودلالة الوصف أن دعوى المدعى وان كان خبرا يحتمل الصدق والكذب لكن يرجح جانب صدقه على جانب الكذب فى خبره بالبينة فيظهر صدقه فى دعواه كما اذا كان المدعى عليه حاضرا يحققه أن المدعى عليه لا يخلو اما ان يكون مقرا واما ان يكون منكرا فان كان مقرا فكان المدعى صادقا فى دعواه فلا حاجة الى القضاء وان كان منكرا فظهر صدقه بالبينة فكان القضاء بالبينة قضاء بحجة مظهرة للحق فجاز (ولنا) ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لسيدنا على رضى الله عنه لا تقض لاحد الخصمين مالم تسمع كلام الآخر نهاه عليه الصلاة والسلام عن القضاء

لاحد

لاحد الخصمين قبل سماع كلام الآخر والقضاء بالحق للمدعى حال غيبة المدعى عليه قضاء لاحد الخصمين قبل سماع كلام الآخر فكان منهيا عنه ولان القاضي مأمور بالقضاء بالحق قال الله تبارك وتعالى جل شأنه يا داود ان جعلناك خليفة فى الارض فاحكم بين الناس بالحق وقال عليه الصلاة والسلام لعمرو بن العاص اقض بين هذين قال أقضى وأنت حاضر بيننا فقال عليه الصلاة والسلام اقض بينهما بالحق والحق اسم للكائن الثابت ولا ثبوت مع احتمال العدم واحتمال العدم ثابت فى البينة لاحتمال الكذب فلم يكن الحكم بالبينة حكما بالحق فكان ينبغى أن لا يجوز الحكم بها أصلا الا انها جعلت حجة لضرورة فصل الخصومات والمنازعات ولم يظهر حالة الغيبة وقد خرج الجواب عن كلامه ثم انما لا يجوز القضاء عندنا على الغائب اذا لم يكن عنه خصم حاضر فان كان يجوز لانه يكون قضاء على الحاضر حقيقة ومعنى والخصم الحاضر الوكيل والوصى والوارث ومن كان بينه وبين الغائب اتصال فيما وقع فيه الدعوى لان الوكيل والوصى نائبان عنه بصريح النيابة والوارث نائب عنه شرعا وحضرة النائب كحضرة المنوب عنه فلا يكون قضاء على الغائب معنى وكذا اذا كان بين الحاضر والغائب اتصال فيما وقع فيه الدعوى بان كان ذلك سببا لثبوت حق الغائب لان الحاضر يصير مدعى عليه فيما هو حقه ومن ضرورة ثبوت حقه ثبوت حق الغائب فكان الكل حق الحاضر لان كل ما كان من ضرورات الشئ كان ملحقا به فيكون قضاء على الحاضر حتى ان من ادعى على آخر انه أخوه ولم يدع ميراثا ولا نفقة لا تسمع دعواه لانه دعوى على الغائب لانه يريد اثبات نسبه من أب المدعى عليه وأمه وهما غائبان وليس عنهما خصم حاضر لانه لم توجد الانابة ولا حق يقضى به على الوارث ليكون ثبوت النسب من الغائب من ضروراته تبعا له فلا تسمع دعواه أصلا ولو ادعى عليه ميراثا أو نفقة عند الحاجة تسمع دعواه وتقبل بينته لانه دعوى حق مستحق على الحاضر وهو المال ولا يمكنه اثباته الا باثبات نسبه من الغائب فينصب خصما عن الغائب ضرورة ثبوت الحق المستحق تبعا له ولهذا لو أقر بالنسب من غير دعوى المال لا يصح اقراره بخلاف ما لو ادعى على رجل انه أبوه أو ابنه أنه يصح من غير دعوى المال الحاضر لانه ليس فيه حمل نسب الغير على الغير فكان دعوى على الحاضر ألا ترى انه لو أقر به يصح اقراره بخلاف الاقرار بالاخوة وعلى هذا تخرج المسائل الخمسة وتوابعها على ما نذكرها فى موضعها ان شاء الله تعالى ومنها عدم التناقض فى الدعوى وهو أن لا يسبق منه ما يناقض دعواه لاستحالة وجود الشئ مع ما يناقضه وينافيه حتى لو أقر بعين فى يده لرجل فامر القاضى بدفعها اليه ثم ادعى انه كان اشتراها منه قبل ذلك لا تسمع دعواه لان اقراره بالملك لغيره للحال يمنع الشراء منه قبل ذلك لان الشراء يوجب الملك للمشترى فكان مناقضا للاقرار والاقرار يناقضه فلا يصح وكذا لو لم يقر ونكل عن اليمين فقضى عليه بنكوله ثم ادعى انه كان اشتراه منه قبل ذلك لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته فى ظاهر الرواية لان النكول بمنزلة الاقرار وروى عن أبى يوسف أنه تسمع دعواه وتقبل بينته هذا اذا ادعى انه اشتراه منه قبل الاقرار والنكول فاما اذا ادعى انه اشتراه منه بعد ذلك تسمع دعواه بلا خلاف لان الاقرار بالملك لفلان لا يمنع الشراء منه بعد ذلك لانعدام التناقض لاختلاف الزمان ولو قال هذا لفلان اشتريته منه تسمع منه موصولا قال ذلك أو مفصولا لانه لم يسبق منه ما يناقض الدعوى بل سبق منه ما يقررها لان سابقة الملك لفلان شرط تحقق الشراء منه ولو قال هذا العبد لفلان اشتريته منه موصولا فالقياس أن لا تصح دعواه وفى الاستحسان تصح ولو قال ذلك مفصولا لا تصح قياسا واستحسانا وجه القياس أن قوله هو لفلان اقرار منه بكونه ملكا لفلان فى الحال فهذا يناقض دعوى الشراء لان الشراء يوجب كونه ملكا للمشترى فلا يصح كما اذا قال مفصولا وجه الاستحسان أن قوله هو لفلان اشتريته منه موصولا معناه فى متعارف الناس وعاداتهم انه كان لفلان فاشتريته منه قال الله عز وجل واذكروا اذ أنتم قليل مستضعفون فى الارض أى اذ كنتم قليلا اذ لم يكونوا قليلا وقت نزول الآية الشريفة فيحمل عليه تصحيحا له ولا عادة جرت بذلك فى المفصول فحمل على حقيقته وهو بحقيقته مناقضة فلا تسمع هذا اذا بين انه اشتراه قبل الاقرار فان بين انه اشتراه بعده تسمع دعواه لانعدام التناقض

على ما بينا وكذلك لو لم يبين وادعى الشراء مبهما بثمن معلوم تسمع لانه لما لم يذكر الوقت يحمل على الحال تصحيحا له هذا اذا قال هذا الشيء لفلان ولم يقل لا حق لي فيه فان قال لا حق لي فيه ثم ادعى الشراء بعد ذلك لا تسمع دعواه لان قوله لا حق لي فيه لتأكيد البراءة الا اذا تبين أنه اشتراه بعد الاقرار فتسمع لما قلنا ولو ادعى على رجل دينا فقال المدعى عليه لم يكن لك على شيء قط فاقام المدعي البينة وقضى القاضي بذلك ثم أقام المدعى عليه البينة أنه كان قد قضاه اياه تسمع دعواه وتقبل بينته لجواز أنه لم يكن عليه شيء وانما قضاه اياه لدفع الدعوى الباطلة ولو قال لم يكن لك على شيء ولا اعرفك فاقام المدعي البينة وقضى القاضي ببينته ثم أقام المدعى عليه البينة أنه كان قضاه لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته لان قوله لا اعرفك يناقض دعوى القضاء لان الظاهر انه لا يقضي الا بعد معرفته اياه فكان في دعوى القضاء مناقضا فلا تسمع ولو ادعى على رجل أنه اشترى منه عبدا بعينه والعبد في يد البائع فانكر البائع البيع فاقام المشتري البينة وقضى القاضي به ثم وجد به عيبا فأراد أن يرده على البائع فأقام البائع البينة على ان المشتري كان ابرأه عن كل عيب لم تسمع دعواه ولا تقبل بينته لان انكار البيع يناقض دعوى الابراء عن العيب لان الابراء يقتضي وجود البيع فكان مناقضا في دعوى الابراء فلا تسمع وعلى هذا مسائل والاصل في هذا الباب أنه اذا سبق من المدعي ما يناقض دعواه يمنع صحة الدعوى الا في النسب والعتق فان التناقض فيهما غير معتبر بان قال لمجهول النسب هو ابني من الزنا ثم قال هو ابني من النكاح تسمع دعواه وكذا مجهول النسب اذا أقر بالرق لرجل ثم ادعى انه حر الاصل تسمع دعواه حتى تقبل بينته لان بيان النسب مبني على أمر خفي وهو العلوق منه اذ هو مما يغلب خفاؤه على الناس فالتناقض في مثله غير معتبر كما اذا اختلعت امرأة زوجها على مال ثم ادعت انه كان طلقها ثلاثا قبل الخلع وأقامت البينة على ذلك تسمع دعواها وتقبل بينتها لما قلنا كذا هذا وكذا الرق والحرية ومنها ان يكون المدعى مما يحتمل الثبوت لان دعوى ما يستحيل وجوده حقيقة أو عادة تكون دعوى كاذبة حتى لو قال لمن لا يولد مثله لمثله هذا ابني لا تسمع دعواه لاستحالة ان يكون الاكبر سنا ابنا لمن هو أصغر سنا منه وكذا اذا قال لمعروف النسب من الغير هذا ابني والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حد المدعي والمدعى عليه فقد اختلف عبارات المشايخ في تحديدهما قال بعضهم المدعي من اذا ترك الخصومة لا يجبر عليها والمدعى عليه من اذا ترك الجواب يجبر عليه وقال بعضهم المدعي من يلتمس قبل غيره لنفسه عينا أو دينا أو حقا والمدعى عليه من يدفع ذلك عن نفسه وقال بعضهم ينظر الى المتخاصمين أيهما كان منكرا فالآخر يكون مدعيا وقال بعضهم المدعي من يخبر عما في يد غيره لنفسه والمدعى عليه من يخبر عما في يد نفسه لنفسه فينفصلان بذلك عن الشاهد والمقر والشاهد من يخبر عما في يد غيره لغيره والمقر من يخبر عما في يد نفسه لغيره

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم الدعوى وما يتصل به فحكمها وجوب الجواب على المدعى عليه لان قطع الخصومة والمنازعة واجب ولا يمكن القطع الا بالجواب فكان واجبا وهل يسأله القاضي الجواب قبل طلب المدعي ذكر في أدب القاضي انه يسأله وذكر في الزيادات انه لا يسأله ما لم يقل المدعي اسأله عن دعواي وعلى هذا اذا تقدم الخصمان الى القاضي هل يسأل المدعي عن دعواه في أدب القاضي انه يسأله وفي الزيادات أنه لا يسأله ويعرف ذلك في كتاب أدب القاضي وسيأتي واذا وجب الجواب على المدعى عليه فاما ان أقر أو سكت أو أنكر فان أقر يؤمر بالدفع الى المدعي لظهور صدق دعواه وان أنكر فان كان للمدعي بينة أقامها ولو قال لا بينة لي ثم جاء بالبينة هل تقبل روى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى انها تقبل وعن محمد انها لا تقبل وجه قول محمد ان قوله لا بينة لي اقرار على نفسه والانسان لا يتهم في اقراره على نفسه فالاتيان بالبينة بعد ذلك رجوع عما أقر به فلا يصح وجه رواية الحسن عن حنيفة ان من الجائز أن تكون له بينة لم يعلمها المدعي بان أقر المدعى عليه بين يدي هؤلاء وهو لا يعلم به ثم علم بعد ذلك بها فامكن التوفيق فلا يكون الاتيان بالبينة بعد ذلك رجوعا فتقبل وان لم يكن له بينة وطلب يمين المدعى عليه يحلف فيما

يحتمل

يحتمل التحليف فان سكت عن الجواب يأتى حكمه ان شاء الله تعالى فى الفصل الذى يليه

﴿ فصل ﴾ وأما حجة المدعى والمدعى عليه فالبينة حجة المدعى واليمين حجة المدعى عليه لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه جعل عليه الصلاة والسلام البينة حجة المدعى واليمين حجة المدعى عليه والمعقول كذلك لان المدعى يدعى أمراً خفيا فيحتاج الى اظهاره وللبينة قوة الاظهار لانها كلام من ليس بخصم فجعلت حجة المدعى واليمين وان كانت مؤكدة بذكر اسم الله عز وجل لكنها كلام الخصم فلا تصلح حجة مظهرة للحق وتصلح حجة المدعى عليه لانه متمسك بالظاهر وهو ظاهر اليد فحاجته الى استمرار حكم الظاهر واليمين وان كانت كلام الخصم فهى كاف للاستمرار فكان جعل البينة حجة المدعى وجعل اليمين حجة المدعى عليه وضع الشىء فى موضعه وهو حد الحكمة وعلى هذا يخرج القضاء بشاهد واحد ويمين من المدعى انه لا يجوز عندنا خلافا للشافعى رحمه الله احتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قضى بشاهد ويمين ولان الشهادة انما كانت حجة المدعى لكونها مرجحة جنسية الصدق على جنسية الكذب فى دعواها الرجحان فكما يقع بالشهادة يقع باليمين فكانت اليمين فى كونها حجة مثل البينة فكان ينبغى ان يكتفى بها الا انه ضم اليها الشهادة نفيا للتهمة (ولنا) الحديث المشهور والمعقول ووجه الاستدلال به من وجهين أحدهما ان النبى عليه الصلاة والسلام أوجب اليمين على المدعى عليه ولو جعلت حجة المدعى لا تبقى واجبة على المدعى عليه وهو خلاف النص والثانى انه عليه الصلاة والسلام جعل كل جنس اليمين حجة المدعى عليه لانه عليه الصلاة والسلام ذكر اليمين بلام التعريف فيقتضى استغراق كل الجنس فلو جعلت حجة المدعى لا يكون كل جنس اليمين حجة المدعى عليه بل يكون من الايمان ما ليس بحجة له وهو يمين المدعى وهذا خلاف النص وأما الحديث فقد طعن فيه يحيى بن معين وقال لم يصح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم القضاء بشاهد ويمين وكذا روى عن الزهرى لما سئل عن اليمين مع الشاهد فقال بدعة وأول من قضى بهما معاوية رضى الله عنه وكذا ذكر ابن جريج عن عطاء بن أبى رباح انه قال كان القضاء الاول ان لا يقبل الا شاهدان وأول من قضى باليمين مع الشاهد عبد الملك بن مروان مع ما انه ورد مورد الآحاد مخالفا للمشهور فلا يقبل وان ثبت انه قضى بشاهد ويمين اما ليس فيه انه فيه قضى وقد روى عن بعض الصحابة انه قضى بشاهد ويمين فى الامان وعندنا يجوز القضاء فى بعض أحكام الامان بشاهد واحد اذا كان عدلا بان شهد انه أمن هذا الكافر تقبل شهادته حتى لا يقتل لكن يسترق واليمين من باب ما يحتاط فيه فحمل على هذا توفيقا بين الدلائل صيانة لها عن التناقض وبهذا يتبين بطلان مذهب الشافعى رحمه الله فى رده اليمين الى المدعى عند نكول المدعى عليه لان النبى عليه الصلاة والسلام ما جعل اليمين حجة الا فى جانب المدعى عليه فالرد الى المدعى يكون وضع الشىء فى غير موضعه وهذا حد الظلم وعلى هذا يخرج مسئلة الخارج مع ذى اليد اذا اقاما البينة أنه لا تقبل بينة ذى اليد لانها جعلت حجة للمدعى وذو اليد ليس بمدع بل هو مدعى عليه فلا تكون البينة حجة له فالتحقت بينته بالعدم فخلت بينة المدعى عن المعارض فيعمل بها وقد تخرج المسئلة على أصل آخر نذكره فى موضعه ان شاء الله واذا عرفت ان البينة حجة المدعى واليمين حجة المدعى عليه فلابد من معرفة علائقهما وعلائق البينة قد مر ذكرها فى كتاب الشهادات ونذكر هنا علائق اليمين فنقول وبالله التوفيق الكلام فى اليمين فى مواضع فى بيان ان اليمين واجبة وفى بيان شرائط الوجوب وفى بيان كيفية الوجوب وفى بيان حكم أدائه وفى بيان حكم الامتناع عن تحصيل الواجب أما دليل الوجوب فالحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه وعلى كلمة ايجاب وأما شرائط الوجوب فانواع منها الانكار لانها وجبت للحاجة الى دفع التهمة وهى تهمة الكذب فى الانكار فاذا كان مقرا لا حاجة لان الانسان لا يتهم فى الاقرار على نفسه ثم الانكار نوعان نص ودلالة أما النص فهو صريح الانكار وأما الدلالة فهو السكوت عن جواب المدعى من غير آفة لان الدعوى أوجبت الجواب عليه والجواب نوعان اقرار وانكار فلابد من حمل السكوت على

أحدهما والحمل على الانكار أولى لان العاقل المتدين لا يسكت عن اظهار الحق المستحق لغيره مع قدرته عليه وقد يسكت عن اظهار الحق لنفسه مع قدرته عليه فكان حمل السكوت على الانكار أولى فكان السكوت انكارا دلالة ولو لم يسكت المدعى عليه ولم يقر ولكنه قال لا أقر ولا أنكر وأصر على ذلك اختلف المشايخ فيه قال بعضهم هذا انكار وقال بعضهم هذا اقرار والاول أشبه لان قوله لا أنكر اخبار عن السكوت عن الجواب والسكوت انكار على ما مر ومنها الطلب من المدعى لانها وجبت على المدعى عليه حقا للمدعى وحق الانسان قبل غيره واجب الايفاء عند طلبه ومنها عدم البينة الحاضرة عند أبى حنيفة وعندهما ليس بشرط حتى لو قال المدعى لى بينة حاضرة ثم أراد ان يحلف المدعى عليه ليس له ذلك عنده وعندهما له ذلك وجه قولهما ان اليمين حجة المدعى كالبينة ولهذا لا تجب الا عند طلبه فكان له ولاية استيفاء أيهما شاء ولابى حنيفة ان البينة فى كونها حجة المدعى كالاصل لكونها كلام غير الخصم واليمين كالخلف عنها لكونها كلام الخصم فلهذا لو أقام البينة ثم أراد استحلاف المدعى عليه ليس له ذلك والقدرة على الاصل تمنع المصير الى الخلف ومنها ان لا يكون المدعى حقا لله عز وجل خالصا فلا يجوز الاستحلاف فى الحدود الخالصة حقا لله عز وجل كحد الزنا والسرقة والشرب لان الاستحلاف لاجل النكول ولا يقضى بالنكول فى الحدود الخالصة لانه بذل عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما اقرار فيه شبهة العدم والحدود لا تحتمل البذل ولا تثبت بدليل فيه شبهة لهذا لا تثبت بشهادة النساء والشهادة على الشهادة الا ان فى السرقة يحلف على أخذ المال وكذا لا يمين فى اللعان لانه جار مجرى الحد وأما حد القذف فيجرى فيه الاستحلاف فى ظاهر الرواية لانه ليس من الحدود المتمحضة حقا لله تعالى بل يشوبه حق العبد فاشبه التعزير وفى التعزير يحلف كذا هذا ويجرى الاستحلاف فى القصاص فى النفس والطرف لان القصاص خالص حق العبد ومنها ان يكون المدعى محتملا للاقرار به شرعاً بان كان لو أقر به لصح اقراره به فان لم يكن لم يجر فيه الاستحلاف حتى ان من ادعى على رجل انه أخوه ولم يدع فى يده ميراثا فانكر لا يحلف لانه لو أقر له بالاخوة لم يجز اقراره لكونه اقراراً على غيره وهو أبوه ولو ادعى انه أخوه وان فى يده مالا من تركة أبيه وهو مستحق لنصفه بارثه من ابيه فانكر يحلف لاجل الميراث لا للاخوة لانه لو أقر أنه أخوه صح اقراره فى حق الارث حتى يؤمر بتسليم نصف الميراث اليه ولم يصح فى حق النسب حتى لا يقضى بانه أخوه وعلى هذا عبد فى يد رجل ادعاه رجلان فأقر به لاحدهما وسلم القاضى العبد اليه فقال الآخر لا بينة لى وطلب من القاضى تحليف المقر لا يحلفه فى عين العبد لانه لو أقر به لكان اقراره باطلا فاذا أنكر لا يحلف الا ان يقول الذى لم يقر له انك اتلفت على العبد باقرارك به لغيرى فاضمن قيمته لى يحلف المقر بالله تعالى ما عليه رد قيمة ذلك العبد على هذا المدعى ولا رد شيء منها لانه لو أقر باتلافه لصح وضمن القيمة فاذا أنكر يستحلفه ولو ادعى رجل انه زوجه ابنته الصغيرة وأنكر الاب لا يحلف عند أبى حنيفة رحمه الله لطريقين أحدهما انه لو أقر به لا يصح اقراره به عنده فاذا أنكر لا يستحلف والثانى ان الاستحلاف لا يجرى فى النكاح وعندهما يجرى لكن عند أبى يوسف يحلف على السبب وعند محمد على الحاصل والحكم على ما نذكره فى موضعه هذا اذا كانت صغيرة عند الدعوى فان كانت كبيرة وادعى أن أباها زوجها اياه فى صغرها لا يحلف عند أبى حنيفة لما قلنا من الطريقين وعندهما لا يحلف أيضاً لاحد طريقين وهو انه لو أقر عليها فى الحال لا يصح اقراره ولكن تحلف المرأة عندهما لانها لو أقرت لصح اقرارها وعندهما الاستحلاف يجرى فيه لكن عند أبى يوسف تحلف على السبب بالله عز وجل ما تعلم ان أباها زوجها وهى صغيرة الا عند التعرض فتحلف على الحكم كما قال محمد ولو ادعت امرأة على رجل انه زوجها عبده فانكر المولى لا يحلف عند أبى حنيفة رحمه الله لطريقين أحدهما انه لو أقر عليه لا يصح اقراره والثانى انه لا استحلاف فى النكاح عنده وعندهما لا يحلف أيضاً لكن لطريق واحد وهو انه لو اقر عليه لا يصح اقراره ولو ادعى رجل على رجل انه زوجه أمته لا يحلف المولى عند أبى حنيفة وعندهما يحلف لطريق واحد وهو ان

الاستحلاف لا يجري في النكاح عنده وعندهما يجري ومنها ان يكون المدعى مما يحتمل البذل عند أبي حنيفة مع كونه محتملا للاقرار وعندهما ان يكون مما يحتمل الاقرار سواء احتمل البذل أولا وعلى هذا يخرج اختلافهم في الاشياء السبعة انها لا يجري فيها الاستحلاف عند أبي حنيفة وهي النكاح والرجعة والفيء في الايلاء والنسب والرق والولاء والاستيلاد أما النكاح فهو ان يدعي رجل على امرأة انها امرأته او تدعي امرأة على رجل انه زوجها ولا بينة للمدعي وطلب يمين المنكر وأما الرجعة فهو ان يقول الزوج للمطلقة بعد انقضاء عدتها قد كنت راجعتك وأنكرت المرأة وعجز الزوج عن اقامة البينة فطلب يمينها وأما الفيء في الايلاء فهو ان يكون الرجل آلى من امرأته ومضت أربعة أشهر فقال قد كنت فئت اليك بالجماع فلم تبيني فقالت لم تفيء الي ولا بينة للزوج فطلب يمينها وأما النسب فنحو ان يدعي على رجل انه أبوه او ابنه فانكر الرجل ولا بينة له وطلب يمينه وأما الرق فهو ان يدعي على رجل انه عبده فانكر وقال انه حر الاصل لم يجر عليه رق أبداً ولا بينة للمدعي فطلب يمينه وأما الولاء فانه يدعي على امرأة انه أعتق اباها وان أباها مات وولاؤه بينهما نصفان فانكرت ان يكون اعتقه وان يكون ولاؤه ثابتاً منه ولا بينة للمدعي فطلب يمينها على ما انكرت من الولاء وأما الاستيلاد فهو ان تدعي أمة على مولاها فتقول انا أم ولد لمولاي وهذا ولدي فانكر المولى لا يجري الاستحلاف في هذه المواضع السبعة عند أبي حنيفة وعندهما يجري والدعوى من الجانبين تتصور في الفصول الستة وفي الاستيلاد لا يتصور الا من جانب واحد وهو جانب الامة فاما جانب المولى فلا تتصور الدعوى لانه لو ادعى لثبت بنفس الدعوى وهذا بناء على ما ذكرنا ان النكول بذل عنه وهذه الاشياء لا تحتمل البذل وعندهما اقرار فيه شبهة وهذه الاشياء تثبت بدليل فيه شبهة وجه قولهما ان نكول المدعى عليه دليل كونه كاذباً في انكاره لانه لو كان صادقاً لما امتنع من اليمين الصادقة فكان النكول اقراراً دلالة الا انه دلالة قاصرة فيها شبهة العدم وهذه الاشياء تثبت بدليل قاصر فيه شبهة العدم ألا ترى انها تثبت بالشهادة على الشهادة وشهادة رجل وامرأتين (ولأبي حنيفة) ان النكول يحتمل الاقرار لما قلتم ويحتمل البذل لان العاقل الدين كما يتحرج عن اليمين الكاذبة يتحرج عن التغيير والطعن باليمين ببذل المدعى الا ان حمله على البذل أولى لانا لو جعلناه اقراراً لكذبناه لما فيه من الانكار ولو جعلناه بذلا لم نكذبه لانه يصير في التقدير كانه قال ليس هذا لك ولكني لا أمنعك عنه ولا أنازعك فيه فيحصل المقصود من غير حاجة الى التكذيب واذا ثبت ان النكول بذل وهذه الاشياء لا تحتمل البذل فلا تحتمل النكول فلا تحتمل التحليف لانه انما يستحلف المدعى لينكل المدعى عليه فيقضي عليه فاذا لم يحتمل النكول لا يحتمل التحليف

﴿فصل﴾ وأما بيان كيفية اليمين فالكلام فيه يتعلق بموضعين (أحدهما) في بيان صفة التحليف نفسه انه كيف يحلف والثاني في بيان صفة المحلوف عليه انه على ماذا يحلف (أما الاول) فالامر لا يخلو اما ان كان الحالف مسلماً واما ان كان كافرا فان كان مسلما فيحلفه القاضي بالله تعالى ان شاء من غير تغليظ لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حلف يزيد بن ركانة او ركانة بن عبد يزيد بالله عز وجل ما أردت بالبتة ثلاثا وان شاء غلظ لان الشرع ورد بتغليظ اليمين في الجملة فانه روي رسول الله صلى الله عليه وسلم حلف ابن صوريا الاعور وغلظ فقال عليه الصلاة والسلام الذي أنزل التوراة على سيدنا موسى عليه الصلاة والسلام ان حد الزنا في كتابكم هذا وقال مشايخنا ينظر الى حال الحالف ان كان ممن لا يخاف منه الاجتراء على الله تعالى باليمين الكاذبة يكتفي فيه بالله عز وجل من غير تغليظ وان كان ممن يخاف منه ذلك تغلظ لان من العوام من لا يبالي عن الحلف بالله عز وجل كاذباً فاذا غلظ عليه اليمين يمتنع وقال بعضهم ان كان المال المدعى يسيراً يكتفي فيه بالله عز وجل وان كان كثيراً يغلظ وصفة التغليظ ان يقول والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ونحو ذلك مما يعد تغليظاً في اليمين وان كان الحالف كافرا فانه يحلف بالله عز وجل أيضاً ذمياً كان أو مشركا لان المشركين لا ينكرون الصانع قال الله تبارك وتعالى جل شانه ولئن سألتهم من

خلق السموات والارض ليقولن الله فيعظمون اسم الله تعالى عزشأنه و يعتقدون حرمة الاله الا الدهرية والزنادقة وأهل الاباحة وهؤلاء أقوام لم يتجاسروا على اظهار نحلتهم في عصر من الاعصار الى يومنا هذا ونرجو من فضل الله عز وجل على أمة حبيبه صلى الله عليه وسلم ان لا يقدرهم على اظهار ما انتحلوه الى انقضاء الدنيا وان رأى القاضي ما يكون تغليظاً في دينه فعل لما روينا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم غلظ على ابن صوريا دل ان كل ذلك سائغ فيغلظ على اليهودي بالله تعالى عز وجل الذي أنزل التوراة على سيدنا موسى عليه الصلاة والسلام وعلى النصراني بالله الذي أنزل الانجيل على سيدنا عيسى عليه الصلاة والسلام وعلى المجوسي بالله الذي خلق النار ولا يحلف على الاشارة الى مصحف معين بان يقول بالله الذي أنزل هذا الانجيل أو هذه التوراة لانه قد ثبت تحريف بعضها فلا يؤمن ان تقع الاشارة الى المحرف فيكون التحليف به تعظيما لما ليس بكلام الله عز وجل ولا يبعث هؤلاء الى بيوت عباداتهم من البيعة والكنيسة و بيت النار لان فيه تعظيم هذه المواضع وكذا لا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان عندنا وقال الشافعي رحمه الله ان كان بالمدينة يحلف عند المنبر وان كان بمكة يحلف عند الميزاب و يحلف بعد العصر والصحيح قولنا لما روينا من الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه مطلقا عن الزمان والمكان وروى انه اختصم زيد بن ثابت وابن مطيع في دار الى مروان بن الحكم فقضى على زيد ابن ثابت باليمين عند المنبر فقال له زيد احلف له مكاني فقال له مروان لا والله الا عند مقاطع الحقوق فجعل زيد يحلف ان حقه لحق وأبى ان يحلف عند المنبر فجعل مروان يعجب من ذلك ولو كان ذلك لازما لما احتمل ان يأباه زيد بن ثابت ولان تخصيص التحليف بمكان وزمان تعظيم غير اسم الله تبارك وتعالى وفيه معنى الاشراك في التعظيم والله عز وجل أعلم (وأما) بيان صفة المحلوف عليه انه على ماذا يحلف فنقول الدعوى لا تخلو اما ان كانت مطلقة عن سبب واما ان كانت مقيدة بسبب فان كانت مطلقة عن سبب بان ادعى عبداً أو جارية أو أرضاً وأنكر المدعى عليه فلا خلاف في انه يحلف على الحكم وهو ما وقع فيه الدعوى فيقال بالله ماهذا العبد أو الجارية أو الارض لفلان هذا ولا شيء منه وان كانت مقيدة بسبب بان ادعى انه أقرضه ألفاً أو غصبه ألفاً أو أودعه ألفاً وأنكر المدعى عليه فقد اختلف أبو يوسف ومحمد في انه يحلف على السبب أو على الحكم قال أبو يوسف يحلف على السبب بالله ما استقرضت منه ألفا أو ما غصبته ألفا أو ما أودعني ألفا الا ان يعرض المدعى عليه ولا يصرح فيقول قد يستقرض الانسان وقد يغصب وقد يودع ولا يكون عليه لما انه أبرأه عن ذلك أو رد الوديعة وأنا لا أبين ذلك لئلا يلزمني شيء فحينئذ يحلف على الحكم وقال محمد يحلف على الحكم من الابتداء بالله ماله عليك هذه الالف التي ادعى (وجه) قول محمد ان التحليف على السبب تحليف على ما لا يمكنه الحلف عليه عسى لجواز انه وجد منه السبب ثم ارتفع بالابراء أو بالرد فلا يمكنه الحلف على نفي السبب و يمكنه الحلف على نفي الحكم على كل حال فكان التحليف على الحكم أولى (وجه) قول أبي يوسف ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حلف اليهود بالله وفي باب القسامة على السبب فقال عليه الصلاة والسلام بالله ما قتلتموه ولا علمتم له قاتلا فيجب الاقتداء به ولان الداخل تحت الحلف ما هو الداخل تحت الدعوى والداخل تحت الدعوى في هذه الصور مقصودا هو السبب فيحلف عليه فبعد ذلك ان أمكنه الحلف على السبب حلف عليه وان لم يمكنه وعرض فحينئذ يحلف على الحكم وعلى هذا الخلاف دعوى الشراء اذا أنكر المدعى عليه فعند أبي يوسف يحلف على السبب بالله عز وجل ما بعته هذا الشيء الا ان يعرض الخصم والتعريض في هذا ان يقول قد يبيع الرجل الشيء ثم يعود اليه بهبة أو فسخ أو اقالة أو رد بعيب أو خيار شرط أو خيار رؤية وأنا لا أبين ذلك كي لا يلزمني شيء فحينئذ يحلف على الحكم بالله تعالى ما بينكما بيع قائم أو شراء قائم بهذا السبب الذي يدعي وهكذا يحلف على قول محمد وعلى هذا دعوى الطلاق بان ادعت امرأة على زوجها انه طلقها ثلاثاً أو خالعها على كذا وأنكر الزوج ذلك يحلف على السبب عند أبي يوسف بالله عز وجل ما طلقها ثلاثاً أو ما خالعها الا ان يعرض الزوج فيقول الانسان قد يخالع

امرأته

امرأته ثم تعود اليه وقد طلقها ثلاثاً ثم تعود اليه بعد زوج آخر فحينئذ يحلف بالله عز وجل ماهى حرام عليك بثلاث تطليقات أو بالله عز وجل ماهى مطلقة منك ثلاثاً أو ماهى حرام عليك بالخلع أو ماهى بائن منك ونحو ذلك من العبارات وهكذا يحلف على قول محمد وعلى هذا دعوى العتاق فى الامة بان ادعت امة على مولاها انه اعتقها وهو منكر عند أبى يوسف يحلف المولى على السبب بالله عز وجل ما اعتقها الا ان يعرض لانه يتصور النقض فى هذا والعود اليه بان ارتدت المرأة ولحقت بدار الحرب ثم سباها أو سباها غيره فاشتراها فحينئذ يحلف كما قاله محمد ولو كان الذى يدعى العتق هو العبد فيحلف على السبب بلا خلاف بالله عز وجل ما اعتقه فى الرق القائم للحال فى ملكه لانعدام تصور التعريض لان العبد المسلم لا يحتمل السبى بعد العتق حتى لو كان العبد لم يعرف مسلماً أو كان كافراً يحلف عند محمد على الحكم لاحتمال العود الى الرق لان الذمى اذا نقض العهد ولحق بدار الحرب ثم سبى يسترق بخلاف المسلم فانه يجبر على الاسلام ويقتل ان أبى ولا يسترق وعلى هذا دعوى النكاح وهو تفريع على قولهما لان أبا حنيفة لا يرى الاستحلاف فيه فيقول الدعوى لا تخلو اما ان تكون من الرجل أو من المرأة فان كانت من الرجل وأنكرت المرأة النكاح فعند أبى يوسف يحلف على السبب الا ان يعرض لاحتمال الطلاق والفرقة بسبب ما فحينئذ يحلف على الحكم بالله عز وجل ما بينكما نكاح قائم كما هو قول محمد واما عند أبى حنيفة لو قال الزوج أنا أريد أن أتزوج أختها أو أربعاً سواها فان القاضى لا يمكنه من ذلك لانه اقرار لهذه المرأة انها امرأته فيقول له ان كنت تريد ذلك فطلق هذه ثم تزوج أختها أو أربعاً سواها وان كان دعوى النكاح من المرأة على رجل فانكر فعند أبى يوسف يحلف على السبب الا ان يعرض فيحلف على الحكم كما قاله محمد فاما عند أبى حنيفة لو قالت المرأة انى أريد ان أتزوج فان القاضى لا يمكنها من ذلك لانها قد أقرت ان لها زوجاً فلا يمكنها من التزوج بزوج آخر فان قالت ما الخلاص عن هذا وقد بقيت فى عهدته أبد الدهر وليست لى بينة وهذه تسمى عهدة أبى حنيفة فانه يقول القاضى للزوج طلقها فان أبى أجبره القاضى عليه فان قال الزوج لو طلقتها لزمنى المهر فلا أفعل ذلك يقول له القاضى قل لها ان كنت امرأتى فانت طالق فتطلق لو كانت امرأتك وان لم تكن فلا ولا يلزمك شئ لان المهر لا يلزم بالشك فان أبى يجبره على ذلك فاذا فعل تخلص عن تلك العهدة ولو كانت الدعوى على اجارة الدار أو عبد أو دابة أو معاملة مزارعة فعند أبى يوسف يحلف على السبب الا اذا عرض وعند محمد يحلف على الحكم على كل حال وعند أبى حنيفة ما كان صحيحاً وهو الاجارة يحلف وما كان فاسداً وهو المعاملة والمزارعة لا يحلف أصلاً لان الحلف بناء على الدعوى الصحيحة ولم تصح عنده ولو كانت الدعوى فى القتل الخطأ بان ادعى على رجل انه قتل أباه خطأً وانه وجبت الدية فانكر المدعى عليه يحلف على السبب عند أبى يوسف بالله ما قتلت الا اذا عرض وعند محمد على الحكم بالله ليس عليك الدية ولا على عاقلتك وانما يحلف على هذا الوجه لاختلاف المشايخ فى الدية فى فصله الخطأ انها تجب على العاقلة ابتداء أو تجب على القاتل ثم تتحمل عنه العاقلة فان حلف برئ وان نكل يقضى عليه بالدية فى ماله على ما نذكر ان شاء الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وأما حكم أدائه فهو انقطاع الخصومة للحال لا مطلقاً بل موقتاً الى غاية احضار البينة عند عامة العلماء وقال بعضهم حكمه انقطاع الخصومة على الاطلاق حتى لو أقام المدعى البينة بعد يمين المدعى عليه قبلت بينته عند العامة وعند بعضهم لا تقبل لانه لو أقام البينة لا تبقى له ولاية الاستحلاف فكذا اذا استحلف لا يبقى له ولاية اقامة البينة والجامع ان حقه فى احدهما فلا يملك الجمع بينهما والصحيح قول العامة لان البينة هى الاصل فى الحجة لانها كلام الاجنبى فاما اليمين فكالخلف عن البينة لانها كلام الخصم صير اليها للضرورة فاذا جاء الاصل انتهى حكم الخلف فكانه لم يوجد أصلاً ولو قال المدعى للمدعى عليه احلف وأنت برىء من هذا الحق الذى ادعيته أو أنت برىء من هذا الحق ثم أقام البينة قبلت بينته لان قوله أنت برىء يحتمل البراءة للحال أى برىء عن دعواه وخصومته للحال ويحتمل البراءة عن الحق فلا يجعل ابراء عن الحق بالشك والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ واما حكم الامتناع عن تحصيله فالمدعى عليه اذا نكل عن اليمين فان كان ذلك فى دعوى المال يقضى عليه بالمال عندنا لكن ينبغى للقاضى ان يقول له انى أعرض عليك اليمين ثلاث مرات فان حلفت والا قضيت عليك لجواز ان يكون المدعى عليه ممن لا يرى القضاء بالنكول أو يكون عنده ان القاضى لا يرى القضاء بالنكول أو لحقه حشمة القضاة ومهابة المجلس فى المرة الاولى فكان الاحتياط ان يقول له ذلك فان نكل عن اليمين بعد العرض عليه ثلاثا فان القاضى يقضى عليه عندنا وعند الشافعى رحمه الله لا يقضى بالنكول ولكن يرد اليمين الى المدعى فيحلف فيأخذ حقه احتج الشافعى رحمه الله بقول النبى عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه جعل البينة حجة المدعى واليمين حجة المدعى عليه ولم يذكر عليه الصلاة والسلام النكول فلو كان حجة المدعى لذكره والمعقول انه يحتمل انه نكل لكونه كاذبا فى الانكار فاحترز عن اليمين الكاذبة ويحتمل انه نكل مع كونه صادقا فى الانكار تورعا عن اليمين الصادقة فلا يكون حجة القضاء مع الشك والاحتمال لكن يرد اليمين الى المدعى ليحلف فيقضى له لانه ترجح جنبه الصدق فى دعواه بيمينه وقد ورد الشرع برد اليمين الى المدعى فانه روى أن سيدنا عثمان رضى الله عنه ادعى على المقداد مالا بين يدى سيدنا عمر رضى الله عنه فانكر المقداد وتوجهت عليه اليمين فرد اليمين على سيدنا عثمان وسيدنا عمر جوز ذلك (ولنا) ما روى ان شريحا قضى على رجل بالنكول فقال المدعى عليه أنا أحلف فقال شريح مضى قضائى وكان لا تخفى قضاياه على أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينقل انه أنكر عليه منكر فيكون اجماعا منهم على جواز القضاء بالنكول ولانه ظهر صدق المدعى فى دعواه عند نكول المدعى عليه فيقضى له كما لو أقام البينة ودلالة الوصف ان المانع من ظهور الصدق فى خبره انكاره المدعى عليه وقد عارضه النكول لانه كان صادقا فى انكاره لما نكل فزال المانع للتعارض فظهر صدقه فى دعواه وقوله يحتمل انه نكل تورعا عن اليمين الصادقة قلنا هذا احتمال نادر لان اليمين الصادقة مشروعة فالظاهر ان الانسان لا يرضى بفوات حقه تحرزا عن مباشرة أمر مشروع ومثل هذا الاحتمال ساقط الاعتبار شرعا ألا يرى أن البينة حجة القضاء بالاجماع وان كانت محتملة فى الجملة لانها خبر من ليس بمعصوم عن الكذب لكن لما كان الظاهر هو الصدق سقط اعتبار احتمال الكذب كذا هذا وأما الحديث فنقول البينة حجة المدعى وهذا لا ينفى ان يكون غيرها حجة وقوله لو كان حجة لذكره قلنا يحتمل أنه لم يذكره لما قلتم ويحتمل انه لم يذكره نصا مع كونه حجة تسليطا للمجتهدين على الاجتهاد ليعرف كونه حجة بالرأى والاستنباط فلا يكون حجة مع الاحتمال وأما رد اليمين على المدعى فليس بمشروع لما قلنا من قبل وأما حديث المقداد فلا حجة فيه لان فيه ذكر الرد من غير نكول المدعى عليه وهو خارج عن أقاويل الكل فكان مؤولا عند الكل ثم تأويله ان المقداد رضى الله عنه ادعى الايفاء فأنكر سيدنا عثمان رضى الله عنه فتوجهت اليمين عليه ونحن به نقول هذا اذا نكل عن اليمين فى دعوى المال فان كان النكول فى دعوى القصاص فنقول لا يخلو اما أن تكون الدعوى فى القصاص فى النفس واما أن تكون فيما دون النفس فان كان فى النفس فعند أبى حنيفة لا يقضى فيه لا بالقصاص ولا بالمال لكنه يحبس حتى يقرأ ويحلف أبدا وان كان الدعوى فى القصاص فى الطرف فانه يقضى بالقصاص فى العمد وبالدية فى الخطأ وعندهما لا يقضى بالقصاص فى النفس والطرف جميعا ولكن يقضى بالارش والدية فيهما جميعا بناء على ان النكول بذل عند أبى حنيفة رحمه الله والطرف يحتمل البذل والاباحة فى الجملة فان من وقعت فى يده آكلة والعياذ بالله تعالى فأمر غيره بقطعها يباح له قطعها صيانة للنفس وبه تبين ان الطرف يسلك مسلك الاموال لانه خلق وقاية للنفس كالمال فاما النفس فلا تحتمل البذل والاباحة بحال وكذا المباح له القطع اذا قطع لا ضمان عليه والمباح له القتل اذا قتل يضمن فكان الطرف جاريا مجرى المال بخلاف النفس فأمكن القضاء بالنكول فى الطرف دون النفس فكان القياس ان لا يستحلف فى النفس عنده كما لا يستحلف فى الاشياء السبعة لان الاستحلاف للتوسل الى المقصود المدعى وهو احياء حقه بالقضاء بالنكول ولا يقضى فيها بالنكول أصلا عنده فكان ينبغى ان لا يستحلف الا انه استحسن فى الاستحلاف فيها لان

الشرع ورد به في القسامة وجعله حقا مقصودا في نفسه تعظيماً لامر الدم وتفخيماً لشأنه لكون اليمين الكاذبة مهلكة فصار بالنكول ما نما حقا مستحقا عليه مقصودا فيحبس حتى يقر او يحلف بخلاف الاشياء السبعة فان الاستحلاف فيها للتوسل الى استيفاء المقصود بالنكول وانه لا يقع وسيلة الى هذا المقصود وعندهما النكول اقرار فيه شبهة العدم لانه اقرار بطريق السكوت وانه محتمل والقصاص يدرأ بالشبهات واذا سقط القصاص للشبهة يجب المال بخلاف شهادة النساء مع الرجال والشهادة على الشهادة انها لا تقبل في باب القصاص أصلا لان التعذر هنالك من جهة من له القصاص وهو عدم الاتيان بحجة مظهرة للحق وهي شهادة شهود أصول مذكور والتعذر ههنا من جهة من عليه القصاص وهو عدم التنصيص على الاقرار والاصل ان القصاص اذا بطل من جهة من له القصاص لا تجب الدية واذا بطل من جهة من عليه تجب الدية وأما في دعوى السرقة اذا حلف على المال ونكل يقضى بالمال لا بالقطع لان النكول حجة في الاموال دون الحدود الخالصة وأما في حد القذف اذا استحلف على ظاهر الرواية فنكل يقضى بالحد في ظاهر الاقاويل لانه بمنزلة القصاص في الطرف عند أبي حنيفة وعندهما بمنزلة التعزير وقال بعضهم هو بمنزلة سائر الحدود ولا يقضى فيه بشيء ولا يحلف لانه حد وقيل يحلف ويقضى فيه بالتعزير دون الحد كما في السرقة يحلف ويقضى بالمال دون القطع والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما تندفع به الخصومة عن المدعى عليه ويخرج عن كونه خصما للمدعى فنقول وبالله التوفيق انه يخرج عن كونه خصما للمدعى بكون يده غير يد المالك وذلك يعرف بالبينة أو بالاقرار أو بعلم القاضي نحو ما اذا ادعى على رجل دارا أو ثوبا أو دابة فقال الذي في يده هو ملك فلان الغائب أودعنيه وجملة الكلام فيه ان المدعي لا يخلو اما أن يدعي عليه ملكا مطلقا ولم يدع عليه فعلا أو يدعي عليه فعلا فان ادعى ملكا مطلقا ولم يدع عليه فعلا فقال الذي في يده أودعنيها فلان الغائب أو رهنها أو آجرها أو أعارها أو غصبتها أو سرقتها أو أخذتها أو انتزعتها أو ضلت منه فوجدتها وأقام البينة على ذلك تندفع عنه الخصومة عند عامة العلماء وقال ابن أبي ليلى تندفع عنه الخصومة أقام البينة أو لم يقم وقال ابن شبرمة لا تندفع عنه الخصومة أقام البينة أو لم يقم هذا اذا لم يكن الرجل معروفا بالافتعال والاحتيال فان كان تندفع عنه الخصومة عند أبي حنيفة ومحمد أيضا وعند أبي يوسف لا تندفع وهي المسئلة المعروفة بالمخمسة والحجج تعرف في الجامع وكذلك لو ادعى لنفسه والفعل على غير ذي اليد بأن قال هذا ملكي غصبه مني فلان لانه لم يدع على ذي اليد فعلا فصار في حق ذي اليد دعوى مطلقة فكان على الخلاف الذي ذكرنا فاما اذا ادعى فعلا على ذي اليد بان قال هذه داري أو دابتي أو ثوبي أودعتكها أو غصبتنيها أو سرقتها أو استأجرتها أو ارتهنتها مني وقال الذي في يديه انها لفلان الغائب أودعنيها أو غصبتها منه ونحو ذلك وأقام البينة على ذلك لا تندفع عنه الخصومة ووجه الفرق ان ذا اليد في دعوى الملك المطلق انما يكون خصما بيده ألا ترى انه لو لم يكن المدعى في يده لم يكن خصما فاذا أقام البينة على ان اليد لغيره كان الخصم ذلك الغير وهو غائب فاما في دعوى الفعل فانما يكون خصما بفعله لا بيده ألا ترى أن الخصومة متوجهة عليه بدون يده واذا كان خصما بفعله بالبينة لا يتبين أن الفعل منه لم يكن فبقي خصما ولو ادعى فعلا لم يسم فاعله بان قال غصبت مني أو أخذت مني فاقام ذو اليد البينة على الايداع تندفع الخصومة لانه ادعى الفعل على مجهول وانه باطل فالتحق بالعدم فبقي دعوى ملك مطلق فتندفع الخصومة لانه ادعى الفعل على مجهول وانه باطل فالتحق بالعدم فبقي دعوى ملك مطلق فتندفع الخصومة ولو قال سرق مني فالقياس ان تندفع الخصومة كما في الغصب والاخذ وهو قول محمد وزفر وفي الاستحسان لا تندفع فرقا بين الغصب والاخذ وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ووجه الفرق يعرف في الجامع ولو قال المدعي هذه الدار كانت لفلان فاشتريتها منه وقال الذي في يده أودعني فلان الذي ادعيت الشراء من جهته أو سرقتها منه أو غصبتها تندفع عنه الخصومة من غير اقامة البينة على ذلك لانه ثبت كون يده يد غيره بتصادقهما أما المدعى عليه فظاهر وأما المدعي فبدعواه الشراء منه لان الشراء منه لا يصح بدون

اليد وكذا لو أقام الذى فى يديه البينة على اقرار المدعى بذلك لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو عاينا اقراره لاندفعت الخصومة كذا هذا وكذلك اذا علم القاضى بذلك لان العلم المستفاد له فى زمان القضاء فوق الاقرار لكونه حجة متعدية الى الناس كافة بمنزلة البينة وكون الاقرار حجة مقتصرة على المقر خاصة ثم لما اندفعت الخصومة باقرار المدعى فبعلم القاضى أولى ولو قال الذى فى يديه ابتعته من فلان الغائب لا تندفع الخصومة لانه ادعى الملك واليد لنفسه وهذا مقر بكونه خصما فكيف تندفع الخصومة ولو أقام المدعى البينة انه ابتاعه من عبد الله وقال الذى فى يديه أودعنيه عبد الله ذلك تندفع الخصومة من غير بينة لانهما تصادقا على الوصول اليه من يد عبد الله فاثبتا اليد له وهو غائب وعلى هذا الاصل مسائل كثيرة فى الجامع والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما حكم تعارض الدعوتين مع تعارض البينتين فالكلام فيه يقع فى موضعين أحدهما فى بيان حكم تعارض الدعوتين مع تعارض البينتين القائمتين على أصل الملك والثانى فى بيان حكم تعارض البينتين القائمتين على قدر الملك أما الاول فالاصل ان البينتين اذا تعارضتا فى أصل الملك من حيث الظاهر فان أمكن ترجيح احداهما على الاخرى يعمل بالراجح لان البينة حجة من حجج الشرع والراجح ملحق بالمتيقن فى أحكام الشرع وان تعذر الترجيح فان أمكن العمل بكل واحدة منهما من كل وجه وجب العمل به وان تعذر العمل بهما من كل وجه وأمكن العمل بهما من وجه وجب العمل بهما لان العمل بالدليلين واجب بقدر الامكان وان تعذر العمل بهما أصلا سقط اعتبارهما والتحقا بالعدم اذ لا حجة مع المعارضة كما لا حجة مع المناقضة وجملة الكلام فى هذا الفصل ان الدعوى ثلاثة أنواع دعوى الملك ودعوى اليد ودعوى الحق وزاد محمد مسائل الدعوى على دعوى الملك واليد والنسب (أما) دعوى الملك فلا تخلو اما أن تكون من الخارج على ذى اليد واما أن تكون من الخارجين على ذى اليد (واما) أن تكون من صاحبى اليد أحدهما على الآخر فان كانت الدعوى من الخارج على ذى اليد دعوى الملك وأقاما البينة فلا يخلو اما ان قامت البينتان على ملك مطلق عن الوقت واما ان قامتا على ملك مؤقت واما ان قامت احداهما على ملك مطلق والاخرى على ملك مؤقت وكل ذلك لا يخلو اما ان كانت بسبب واما ان كانت بغير سبب فان قامتا على ملك مطلق عن الوقت فبينة الخارج أولى عندنا وعند الشافعى رحمه الله بينة ذى اليد أولى (وجه) قوله ان البينتين تعارضتا من حيث الظاهر وترجحت بينة ذى اليد باليد فكان العمل بها أولى ولهذا عمل ببينته فى دعوى النكاح (ولنا) ان البينة حجة المدعى لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى وذو اليد ليس بمدع فلا تكون البينة حجته والدليل على انه ليس بمدع ما ذكرنا من تحديد المدعى انه اسم لمن يخبر عما فى يد غيره لنفسه والموصوف بهذه الصفة هو الخارج لا ذو اليد لانه يخبر عما فى يد نفسه لنفسه فلم يكن مدعيا فالتحقت بينته بالعدم فبقيت بينة الخارج بلا معارض فوجب العمل بها ولان بينة الخارج أظهرت له سبق الملك فكان القضاء بها أولى كما اذا وقتت البينتان نصا ووقتت بينة الخارج دلالة ودلالة الوصف انها أظهرت له سبق اليد لانهم شهدوا له بالملك المطلق ولا تحل لهم الشهادة بالملك المطلق الا بعلمهم به ولا يحصل العلم بالملك الا بعد العلم بدليل الملك ولا دليل على الملك المطلق سوى اليد فاذا شهدوا للخارج فقد أثبتوا كون المال فى يده وكون المال فى يد ذى اليد ظاهر ثابت للحال فكانت يد الخارج سابقة على يده فكان ملكه سابقا ضرورة واذا ثبت سبق الملك للخارج يقضى ببينته لانه لما ثبت له الملك واليد فى هذه العين فى زمان سابق ولم يعرف لثالث فيها يد وملك علم أنها انتقلت من يده اليه فوجب اعادة يده ورد المال اليه حتى يقيم صاحب اليد الآخر الحجة انه بأى طريق انتقل اليه كما اذا عاين القاضى كون المال فى يد انسان ويدعيه لنفسه ثم رآه فى يد غيره فانه يأمره بالرد اليه اذا ادعاه ذلك الرجل الى ان يبين سببا صالحا للانتقال اليه وكذا اذا أقر المدعى عليه أن هذا المال كان فى يد المدعى فانه يؤمر بالرد اليه الى أن يبين بالحجة طريقا صالحا للانتقال اليه كذلك هذا وصار كما اذا ارخا نصا وتاريخ أحدهما أسبق لان هذا تاريخ من حيث المعنى بخلاف النتاج لان هناك لم يثبت

سبق الخارج لانعدام تصور السبق والتأخير فيه لان النتاج مما لا يحتمل التكرار فيطلب الترجيح من وجه آخر فتترجح بينة صاحب اليد باليد وهنا بخلافه هذا اذا اقامت البينتان على ملك مطلق عن الوقت من غير سبب فأما اذا قامتا على ملك موقت من غير سبب فان استوى الوقتان يقضى للخارج لانه بطل اعتبار الوقتين للتعارض فبقى دعوى ملك مطلق وان كان أحدهما أسبق من الآخر يقضى للاسبق وقتاً أيهما كان فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى وروى ابن سماعة عن محمد انه رجع عن هذا القول عند رجوعه من الرقة وقال لا تقبل من صاحب اليد بينة على وقت وغيره الا فى النتاج والصحيح جواب ظاهر الرواية لان بينة صاحب الوقت الاسبق أظهرت الملك له فى وقت لا ينازعه فيه أحد فيدفع المدعى الى أن يثبت بالدليل سببا للانتقال عنه الى غيره وان أقامت احداهما على ملك مطلق والاخرى على ملك موقت من غير سبب لا عبرة للوقت عندهما ويقضى للخارج وعند أبى يوسف يقضى لصاحب الوقت أيهما كان وروى عن أبى حنيفة رحمه الله مثله (وجه) قول أبى يوسف أن بينة صاحب الوقت أظهرت الملك له فى وقت خاص لا يعارضها فيه بينة مدعى الملك المطلق بيقين بل تحتمل المعارضة وعدمها لان الملك المطلق لا يتعارض للوقت فلا تثبت المعارضة بالشك ولهذا لو ادعى كل واحد من الخارجين على ثالث وأقام كل واحد منهما البينة انه اشتراه من رجل واحد ووقتت بينة أحدهما وأطلقت الاخرى انه يقضى لصاحب الوقت كذا هذا ولهما أن الملك احتمل السبق والتأخير لان الملك المطلق يحتمل التأخير والسبق لجواز أن صاحب البينة المطلقة لو وقتت بينته كان وقتها أسبق فوقع الاحتمال فى سبق الملك الموقت فسقط اعتبار الوقت فبقى دعوى مطلق الملك فيقضى للخارج بخلاف الخارجين اذا ادعيا الشراء من رجل واحد لان البائع اذا كان واحداً فقد اتفقا على تلقى الملك منه ببيعه وانه أمر حادث وقد ظهر بالتاريخ أن شراء صاحب الوقت أسبق ولا تاريخ مع الآخر وشراؤه أمر حادث ولا يعلم تاريخه فكان صاحب التاريخ أولى هذا اذا اقامت البينتان من الخارج وذى اليد على ملك مطلق أو موقت من غير سبب فأما اذا كان فى دعوى ذلك بسبب فان كان السبب هو الارث فكذلك الجواب حتى لو قامت البينتان على ملك مطلق بسبب الارث بأن أقام كل واحد منهما البينة على انه ملكه مات أبوه وتركه ميراثا له يقضى للخارج بلا خلاف بين أصحابنا رحمهم الله وكذلك ان قامتا على ملك موقت واستوى الوقتان لانه سقط اعتبار الوقتين للتعارض فبقى دعوى مطلق الملك وان كان أحدهما أسبق من الآخر يقضى لاسبقهما وقتاً أيهما كان فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد الاول وفى قول محمد الآخر يقضى للخارج لان دعوى الارث دعوى ملك الميت فكل واحدة من البينتين أظهرت ملك الميت لكن قام الوارث مقام الميت فى ملك الميت فكان الوارثين ادعيا ملكا مطلقا أو موقتا من غير سبب وهناك الجواب هكذا فى الفصول كلها من الاتفاق والاختلاف الا فى فصل واحد وهو ما اذا اقامت احدى البينتين على ملك مطلق والاخرى على ملك موقت فان هنا يقضى للخارج بالاتفاق ولا عبرة للوقت كما لا عبرة له فى دعوى المورثين وهذا على أصل أبى حنيفة ومحمد يطرد على أصل أبى يوسف فيشكل وان كان السبب هو الشراء بأن ادعى الخارج انه اشترى هذه الدار من صاحب اليد بألف درهم ونقده الثمن وادعى صاحب اليد انه اشتراها من الخارج ونقده الثمن وأقام كل واحد منهما البينة على ذلك فان أقاما البينة على الشراء من غير وقت ولا قبض لا تقبل البينتان فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف ولا يجب لواحد منهما على صاحبه شىء ويترك المدعى فى يدذى اليد وعند محمد يقضى بالبينتين ويؤمر بتسليم المدعى الى الخارج (وجه) قول محمد ان التوفيق بين الدليلين واجب بقدر الامكان وأمكن التوفيق هنا بين البينتين بتصحيح العقدين بأن يجعل كان صاحب اليد اشتراه أولا من الخارج وقبضه ثم اشتراه الخارج من صاحب اليد ولم يقبضه حتى باعه من صاحب اليد فيوجد العقدان على الصحة لكن بتقدير تاريخ وقبض وفى هذا التقدير تصحيح العقدين فوجب القول به ولا وجه للقول بالعكس من ذلك بأن يجعل كأن الخارج اشترى أولا من صاحب اليد ولم يقبضه حتى باعه من صاحب اليد لان

فى هذا التقدير افساد العقد الاخير لانه بيع العقار المبيع قبل القبض وانه غير جائز عنده فتعين تصحيح العقدين بالتقدير الذى قلنا واذا صح العقدان يبقى المشترى فى يد صاحب اليد فيؤمر بالتسليم الى الخارج (وجه) قول أبى يوسف وأبى حنيفة ان كل مشترى يكون مقرا بكون المبيع ملكا للبائع فكان دعوى الشراء من كل واحد منهما اقرارا بملك المبيع لصاحبه فكان البينتان قائمتين على اقرار كل واحد منهما بالملك لصاحبه و بين موجبي الاقرارين تناف فتعذر العمل بالبينتين أصلا وان وقت البينتان ووقت الخارج أسبق فاذا لم يذكروا قبضاً يقضى بالدار لصاحب اليد عندهما وعند محمد يقضى للخارج لان وقت الخارج اذا كان أسبق جعل كانه اشترى الدار أولا ولم يقبضها حتى باعها من صاحب اليد عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد يقضى للخارج لان وقت الخارج اذا كان أسبق جعل كانه اشترى الدار أولا ولم يقبضها حتى باعها من صاحب اليد و بيع العقار قبل القبض لا يجوز عند محمد واذا لم يجز بقى على ملك الخارج وعندهما ذلك جائز فصح البيعان ولو ذكروا القبض جاز البيعان و يقضى بالدار لصاحب اليد بالاجماع لان بيع العقار بعد القبض جائز بلا خلاف فيجوز البيعان (وأما) اذا كان وقت صاحب اليد أسبق ولم يذكروا قبضاً يقضى بها للخارج لانه اذا كان وقته أسبق يجعل سابقا فى الشراء كانه اشترى من الخارج وقبض ثم اشترى منه الخارج ولم يقبض فيؤمر بالدفع اليه وكذلك ان ذكروا قبضاً لانه يقدر كانه اشترى من صاحب اليد أولا وقبض ثم اشترى الخارج منه وقبض ثم عادت الى يد صاحب اليد بوجه آخر وان كان السبب هو النتاج وهو الولادة فى الملك فنقول لا يخلو اما ان قامت البينتان على النتاج واما ان قامت احداهما على النتاج والاخرى على الملك المطلق فان قامت البينتان على النتاج فلا يخلو اما ان كانت البينتان مطلقتين عن الوقت واما ان وقتا وقتاً فان لم يوقتا وقتاً يقضى لصاحب اليد لان البينة القائمة على النتاج قائمة على أولية الملك وقد استوت البينتان فى اظهار الاولية فتترجح بينة صاحب اليد باليد فيقضى ببينته وقد روى عن جابر رضى الله عنه أن رجلا ادعى بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم نتاج ناقة فى يد رجل وأقام البينة عليه وأقام ذو اليد البينة على مثل ذلك فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالناقة لصاحب اليد وهذا ظاهر مذهب أصحابنا وقال عيسى بن ابان من أصحابنا انه لا يقضى لصاحب اليد بل تتهاتر البينتان و يترك المدعى فى يد صاحب اليد قضاء ترك وهذا خلاف مذهب أصحابنا فانه نص على لفظة القضاء والترك فى يد صاحب اليد لا يكون قضاء حقيقة وكذا فى الحديث الذى رويناه عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قضى بذلك لصاحب اليد وكذلك فى دعوى النتاج من الخارجين على ثالث يقضى بينهما نصفين ولا يترك فى يد صاحب اليد دل ان ما ذكره خلاف مذهب أصحابنا ولو أقام أحدهما البينة على النتاج والآخر على الملك المطلق عن النتاج فبينة النتاج أولى لما قلنا انها قامت على أولية الملك لصاحبه فلا تثبت لغيره الا بالتلقى منه وأما ان وقتت البينتان فان اتفق الوقتان فكذلك السقوط اعتبارهما للتعارض فبقى دعوى الملك المطلق وان اختلفا يحكم سن الدابة فتقضى لصاحب الوقت الذى وافقه السن لانه ظهر أن البينة الاخرى كاذبة بيقين هذا اذا علم سنها فأما اذا أشكل سقط اعتبار التاريخ لانه يحتمل أن يكون سنها موافقا لهذا الوقت و يحتمل أن يكون موافقا لذلك الوقت و يحتمل أن يكون مخالفا لهما جميعا فيسقط اعتبارهما كانهما سكتا عن التاريخ أصلا وان خالف سنها الوقتين جميعا سقط الوقت كذا ذكره فى ظاهر الرواية لانه ظهر بطلان التوقيت فكانهما لم يوقتا فبقيت البينتان قائمتين على مطلق الملك من غير توقيت وذكر الحاكم فى مختصره أن فى رواية أبى الليث تتهاتر البينتان قال وهو الصحيح (ووجهه) أن سن الدابة اذا خالف الوقتين فقد تيقنا بكذب البينتين فالتحقتا بالعدم فيترك المدعى فى يد صاحب اليد كما كان والجواب أن مخالفة السن الوقتين يوجب كذب الوقتين لا كذب البينتين أصلا ورأسا وكذلك لو اختلفا فى جارية فقال الخارج انها ولدت فى ملكى من أمتى هذه وقال صاحب اليد كذلك يقضى لصاحب اليد لما قلنا وكذلك لو اختلفا فى الصوف والمرعزى وأقام كل واحد منهما بينة انه له جزه فى ملكه يقضى لصاحب اليد وكذلك لو اختلفا فى الغزل وأقام كل واحد منهما البينة انه له غزله

من قطن هو له يقضى لصاحب اليد والاصل أن المنازعة اذا وقعت فى سبب ملك لا يحتمل التكرار كان بمنزلة النتاج فيقضى لصاحب اليد فاذا وقعت فى سبب ملك يحتمل التكرار لا يكون فى معنى النتاج و يقضى للخارج وان أشكل الامر فى الملك انه يحتمل التكرار أو لا يقضى للخارج أيضا فعلى هذا اذا اختلفا فى اللبن فأقام كل واحد منهما البينة انه له حلب فى يده وفى ملكه يقضى لصاحب اليد لان اللبن الواحد لا يحتمل الحلب مرتين فكان فى معنى النتاج وكذلك لو ادعى كل واحد منهما أن الشاة التى حلب منها اللبن نتجت عنده يقضى لصاحب اليد بالشاة واللبن جميعا وكذلك لو اختلفا فى جبن وأقام كل واحد منهما البينة انه له صنعه فى ملكه يقضى لصاحب اليد لان اللبن الواحد لا يحتمل أن يصنع جبنا مرتين فكان بمنزلة النتاج ولو اختلفا فى الارض والنخل وادعى كل واحد منهما انه أرضه غرس النخل فيها يقضى بها للخارج لان هذا ليس فى معنى النتاج لان النتاج سبب الملك الولد والغرس ليس بسبب لملك الارض وكذا الغرس مما يحتمل التكرار فلم يكن فى معنى النتاج وكذلك لو اختلفا فى الحبوب النابتة والقطن الثابت ادعى كل واحد منهما انه له زرعه فى أرضه فانه يقضى بالارض والحب والقطن للخارج وكذلك لو اختلفا فى البناء ادعى كل واحد منهما انه بنى على أرضه لما قلنا ولو اختلفا فى حلى مصوغ ادعى كل واحد منهما انه صاغه فى ملكه يقضى للخارج لان الصياغة تحتمل التكرار فلم تكن فى معنى النتاج ولو اختلفا فى ثوب خز أو شعر وأقام كل واحد منهما البينة انه له نسجه فى ملكه فان علم أن ذلك لا ينسج الا مرة واحدة يقضى لصاحب اليد لانه بمنزلة النتاج وان علم انه ينسج مرتين يقضى للخارج وكذا ان كان مشكلا وكذلك لو اختلفا فى سيف مطبوع وادعى كل واحد منهما انه طبع فى ملكه يرجع فى هذا الى أهل العلم بذلك ولو اختلفا فى جارية وأقام كل واحد منهما البينة أن أمها أمته وانها ولدت هذه فى ملكه يقضى بالجارية و بأمها للخارج لان هذا ليس دعوى النتاج بل هو دعوى الملك المطلق وهو ملك الام والبينة بينة الخارج فى الملك المطلق فيقضى بالام للخارج ثم يملك الولد بملك الام وكذلك لو اختلفا فى الشاة مع الصوف وأقام كل واحد منهما البينة أن هذه الشاة مملوكة له وأن هذا صوف هذه الشاة يقضى بالشاة والصوف للخارج لما قلنا شاتان احداهما بيضاء والاخرى سوداء وهما فى يد رجل فأقام الخارج البينة على أن الشاة البيضاء شاته ولدتها السوداء فى ملكه وأقام صاحب اليد البينة على أن السوداء شاته ولدتها البيضاء فى ملكه يقضى لكل واحد منهما بالشاة التى شهدت شهوده انها ولدت فى ملكه فيقضى للخارج بالبيضاء ولصاحب اليد بالسوداء لان بينة الخارج قامت على النتاج فى البيضاء و بينة ذى اليد قامت فيها على ملك مطلق فبينة النتاج أولى كذا بينة ذى اليد قامت على النتاج فى السوداء و بينة الخارج فيها قامت على ملك مطلق فبينة النتاج أولى ولو اختلفا فى اللبن الذى صنع منه الجبن فأقام كل واحد منهما البينة أن اللبن الذى صنع منه الجبن فى ملكه فيقضى للخارج لان البينة القائمة على ملك اللبن قائمة على ملك مطلق لا على أولية الملك فبينة الخارج أولى فى دعوى الملك المطلق ولو ادعى عبداً فى يد انسان انه اشتراه من فلان وانه ولد فى ملك الذى اشتراه منه وأقام ذو اليد البينة انه اشتراه من رجل آخر وانه ولد فى ملكه يقضى لصاحب اليد لان دعوى الولادة فى ملك بائعه بمنزلة دعوى الولادة فى ملكه لانه تلقى الملك من جهته وهناك يقضى له كذا هذا وكذلك لو ادعى ميراثا أو هبة أو صدقة أو وصية وانه ولد فى ملك المورث والواهب والموصى فانه يقضى لصاحب اليد لما قلنا ولو ادعى الخارج مع ذى اليد كل واحد منهما النتاج فقضى لصاحب اليد ثم جاء رجل وادعى النتاج وأقام البينة عليه يقضى له الا أن يعيد صاحب اليد البينة على النتاج فيكون هو أولى لان القضاء على المدعى الاول لا يكون قضاء على المدعى الثانى فلم يكن الثانى مقضيا عليه فتسمع البينة منه فرق بين الملك و بين العتق أن القضاء بالعتق على شخص واحد يكون قضاء على الناس كافة والقضا بالملك على شخص واحد لا يكون قضاء على غيره وان كانت بينة النتاج توجب الملك بصفة الاولية وانه لا يحتمل التكرار كالعتق (ووجه) الفرق ان العتق حق الله تعالى ألا ترى ان العبد لا يقدر على ابطاله حتى لا يجوز استرقاق الحر برضاه ولو كان

حق العبد لقدر على ابطاله كالرق واذا كان حق الله تعالى فالناس فى اثبات حقوقه خصوم عنه بطريق النيابة لكونهم
عبيده فكان حضرة الواحد كحضرة الكل والقضاء على الواحد قضاء على الكل لاستوائهم فى العبودية كالورثة
لما قاموا مقام الميت فى اثبات حقوقه والدفع عنه لكونهم خلفاءه فقام الواحد منهم مقام الكل لاستوائهم فى الخلافة
بخلاف الملك فانه خالص حق العبد فالحاضر فيه لا ينتصب خصما عن الغائب الا بالانابة حقيقة أو بثبوت النيابة عنه
شرعا واتصال بين الحاضر والغائب فيما وقع فيه الدعوى على ماعرف ولم يوجد شئ من ذلك فالقضاء على غيره يكون
قضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر وهذا لا يجوز ولو شهد الشهود ان هذه الحنطة من زرع حصد
من أرض هذا الرجل لم يكن لصاحب الارض أن يأخذها لانه يحتمل أن يكون البذر لغيره وملك الزرع يتبع ملك
البذر لا ملك الارض ألا ترى ان الارض المغصوبة اذا زرعها الغاصب من بذر نفسه كانت الحنطة له ولو شهدوا
ان هذه الحنطة من زرع هذا أو هذا التمر من نخل هذا يقضى له لان ملك الحنطة والتمر يتبع ملك الزرع والنخل
ولو قالوا هذه الحنطة من زرع كان من أرضه لم يقض له لانهم لو شهدوا انه حصد من أرضه لم يقض له فهذا
أولى ولو شهدوا أن هذا اللبن وهذا الصوف حلاب شاته وصوف شاته لم يقض له لجواز ان تكون الشاة له وحلابها
وصوفها لغيره بأن أوصى بذلك لغيره هذا الذى ذكرنا كله فى دعوى الخارج الملك فامادعوى الخارجين على ذى
اليد الملك فنقول لا تخلو فى الاصل من أحد وجهين اماان يدعى كل واحد منهما قدر مايدعى الآخر واما
ان يدعى أكثر مما يدعى الآخر فان ادعى كل واحد منهما قدر ما يدعى الآخر فهو على التفصيل الذى ذكرنا
أيضا وهو ان البينتين اماان قامتا على ملك مطلق عن الوقت واما ان قامتا على ملك موقت واما ان قامت احداهما
على ملك مطلق والاخرى على ملك موقت وكل ذلك بسبب أو بغير سبب فان قامت البينتان على ملك مطلق من
غير سبب فانه يقضى بالمدعى بينهما نصفان عند أصحابنا وللشافعى رحمه الله قولان فى قول تهاتر البينتان ويترك
المدعى فى يد صاحب اليد وفى قول يقرع بينهما فيقضى لمن خرجت له القرعة منهما وجه قول الشافعى رحمه الله
ان العمل بالبينتين متعذر لتناف بين موجبهما لاستحالة كون العين الواحدة مملوكة لاثنين على الكمال فى زمان واحد
فيبطلان جميعا اذ ليس العمل باحداهما أولى من العمل بالاخرى لاستوائهما فى القوة أو ترجح احداهما بالقرعة
لورود الشرع بالقرعة فى الجملة (ولنا) ان البينة دليل من أدلة الشرع والعمل بالدليلين واجب بالقدر الممكن فان أمكن
العمل بهما من كل وجه يعمل بهما من كل وجه وان لم يمكن العمل بهما من كل وجه يعمل بهما من وجه كما فى
سائر دلائل الشرع من ظواهر الكتاب والسنن المشهورة وأخبار الآحاد والاقيسة الشرعية اذا تعارضت وهنا
ان تعذر العمل بالبينتين باظهار الملك فى كل المحل أمكن العمل بهما باظهار الملك فى النصف فيقضى لكل واحد منهما
بالنصف ولو قامتا على ملك موقت من غير سبب فان استوى الوقتان فكذلك الجواب لانه اذا لم يثبت سبق
أحدهما بحكم التعارض سقط التاريخ والتحق بالعدم فبقى دعوى الملك المطلق وان كان وقت أحدهما أسبق
من الآخر فالاسبق أولى بالاجماع ولا يجىء هنا خلاف محمد رحمه الله لان البينة من الخارج مسموعة بلا
خلاف والبينتان قامتا من الخارجين فكانتا مسموعتين ثم ترجح احداهما بالتاريخ لانها أثبتت الملك فى وقت
لا تعارضها فيه الاخرى فيؤمر بالدفع اليه الى ان يقوم الدليل على انه بأى طريق انتقل اليه الملك وان أرخت
احداهما وأطلقت الاخرى من غير سبب يقضى بينهما نصفين عند أبى حنيفة ولا عبرة للتاريخ وعند أبى يوسف
يقضى لصاحب الوقت وعند محمد يقضى لصاحب الاطلاق وجه قول محمد ان البينة القائمة على الملك المطلق
أقوى لان الملك المطلق ملكه من الاصل حكما ألا ترى انه يظهر فى الزوائد وتستحق به الاولاد والاكساب وهذا
حكم ظهور الملك من الاصل ولا يستحق ذلك بالملك الموقت فكانت البينة القائمة عليه أقوى فكان القضاء بها أولى
(وجه) قول أبى يوسف رحمه الله ماذكرنا ان البينة المؤرخة تظهر الملك فى زمان لا تعارضها فيه البينة المطلقة عن التاريخ

بيقين

بيقين بل تحتمل المعارضة وعدمها فلا تثبت المعارضة بالشك فتثبت بينة صاحب التاريخ بلا معارض فكان صاحب التاريخ أولى وجه قول أبي حنيفة رحمه الله ما مر أيضاً ان الملك الموقت يحتمل أن يكون سابقا ويحتمل أن يكون متأخرا لاحتمال أن صاحب الاطلاق لو أرخ لكان تاريخه أقدم يثبت السبق مع الاحتمال فسقط اعتبار التاريخ فبقي دعوى الملك المطلق هذا اذا اقامت البينتان من الخارجين على ذي اليد على الملك من غير سبب فان كان ذلك بسبب فنقول لا يخلو اما ان ادعيا الملك بسبب واحد من الارث أو الشراء أو النتاج ونحوها واما ان ادعياه بسببين فان ادعيا الملك بسبب واحد فان كان السبب هو الارث فان لم توقت البينتان فهو بينهما نصفان لما ذكرنا ان الملك الموروث هو ملك الميت بعد موته وانما الوارث يخلفه و يقوم مقامه في ملكه ألا ترى أنه يجهز من التركة و يقضي منها ديونه و يرد الوارث بالعيب و يرد عليه فكان المورثين حضرا وادعيا ملكا مطلقا عن الوقت وان وقتا وقتا فان كان وقتهما واحدا فكذلك لما مر وان كان أحد الوقتين أسبق يقضي لمن هو أسبق وقتا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله يقضي بينهما نصفين ولا عبرة للتاريخ عنده في الميراث لما مر أن الموروث ملك الميت والوارث قام مقامه فلم يكن الموت تاريخا لملك الوارث فسقط التاريخ لملكه والتحق بالعدم فبقي دعوى الملك المطلق عن التاريخ فيستويان فيه وعن محمد انهما ان لم يؤرخا ملك الميتين فكذلك فاما اذا أرخا ملك الميتين فيقضي لاسبقهما تاريخا ذكره في نوادر هشام وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يقولان بل الوارث باقامة البينة يظهر الملك للمورث لا لنفسه فيصير كانه حضر المورثان وأقام كل واحد منهما بينة مؤرخة وتاريخ أحدهما أسبق ولو كان كذلك لقضي لاسبقهما وقتا لاثباته الملك في وقت لا تعارضه فيه بينة الآخر كذا هذا ولو وقتت احداهما ولم توقت الاخرى يقضي بينهما نصفان بالاجماع أما عند محمد فان التاريخ في باب الميراث ساقط فالتحق بالعدم وأما عندهما فيصير كان المورثين الخارجين حضرا وادعيا ملكا فارخه أحدهما ولم يؤرخه الآخر وهناك كان المدعى بينهما نصفين فكذا هنا لانهما ادعيا تلقي الملك من رجلين ولا عبرة فيه بالتاريخ وان كان السبب هو الشراء فنقول لا تخلو اما أن تكون الدار في يد ثالث واما ان تكون في يد أحدهما وكل ذلك لا يخلو اما ان ادعيا الشراء من واحد واما ان ادعياه من اثنين فان كانت في يد ثالث وادعيا الشراء من واحد فان كان صاحب اليد وأقاما البينة على الشراء منه بثمن معلوم ونقد الثمن مطلقا عن التاريخ وذكر القبض يقضي بينهما نصفين عندنا وللشافعي فيه قولان في قول تهاترالبينتان وفي قول يقرع بينهما فيقضي لمن خرجت له القرعة وهي مسألة التهاتر وقد تقدمت واذا قضي بالدار بينهما نصفين يكون لهما الخيار ان شاء أخذ كل واحد منهما نصف الدار بنصف الثمن وان شاء نقض لان غرض كل واحد منهما من الشراء الوصول الى جميع المبيع ولم يحصل فاوجب ذلك خللا في الرضا فلذلك أثبت لهما الخيار فان اختار كل واحد منهما أخذ نصف الدار رجع على البائع بنصف الثمن لانه لم يحصل له الا نصف المبيع وان اختار الرد رجع كل واحد منهما بجميع الثمن لانه انفسخ البيع فان اختار أحدهما الرد والآخر الاخذ فان كان ذلك بعد قضاء القاضي وتخييره اياهما فليس له ان يأخذ الا النصف بنصف الثمن لان حكم القاضي بذلك أوجب انفساخ العقد في حق كل واحد منهما في النصف فلا يعود الا بالتجديد كما اذا قضي القاضي بالدار المشفوعة للشفيعين ثم سلم أحدهما الشفعة لا يكون لصاحبه الا نصف الدار فاما اذا اختار أحدهما ترك الخصومة قبل تخيير القاضي فللآخر ان يأخذ جميع المبيع بجميع الثمن لان المستحق بالعقد كل البيع والامتناع بحكم المزاحمة فاذا انقطعت فقد زال المانع كاحد الشفيعين اذا سلم الشفعة قبل قضاء القاضي بالدار المشفوعة يقضي لصاحبه بالكل وكذلك اذا ادعى كل واحد منهما الشراء من رجل آخر سوى صاحب اليد وأقام البينة على ذلك يقضي بالدار بينهما نصفين عندنا وثبت الخيار لكل واحد منهما والكلام في توابع الخيار على نحو ما بينا غير أن هناك الشهادة القائمة على الشراء من صاحب اليد وهو البائع تقبل من غير ذكر الملك له والشهادة القائمة على الشراء من غير صاحب اليد لا تقبل الا بذكر الملك للبائع لان المبيع في الفصل الاول في يد البائع

واليد دليل الملك فوقعت الغنية عن ذكره وفى الفصل الثانى المبيع ليس فى يد البائع فدعت الحاجة الى ذكره لصحة البيع هذا اذا لم تؤرخ البينتان فاما اذا أرختا فان استوى التاريخان فكذلك لسقوط اعتبارهما بالتعارض فبقى دعوى مطلق الشراء وان كانت احداهما أسبق تاريخا كانت أولى بالاجماع لانها تظهر الملك فى وقت لا تعارضها فيه الاخرى فتندفع بها الاخرى ولو أرخت احداهما وأطلقت الاخرى فالمؤرخة أولى لانها تظهر الملك فى زمان معين والاخرى لا تتعرض للوقت فتحتمل السبق والتأخير فلا تعارضها مع الشك والاحتمال ولو لم تؤرخ البينتان ولكن ذكرت احداهما القبض فهى أولى لانها لما أثبتت قبض المبيع جعل كان بيع صاحب القبض أسبق فيكون أولى وكذلك لو ذكرت احداهما تاريخا والاخرى قبضا فبينة القبض أولى الا ان تشهد بينة التاريخ أن شراءه قبل شراء الآخر فيقضى له ويرجع الآخر بالثمن على البائع وكذا لو أرخا تاريخا واحدا وذكرت احداهما القبض فبينه القبض أولى الا اذا كان وقت الآخر أسبق .هذا اذا ادعيا الشراء من واحد وهو صاحب اليد أو غيره فاما اذا ادعيا الشراء من اثنين سوى صاحب اليد مطلقا عن الوقت وأقاما البينة على ذلك يقضى بينهما نصفين لانهما ادعيا تلقى الملك من من البائعين فقاما مقامهما فصار كان البائعين الخارجين حضرا وأقاما البينة على ملك مطلق ولو كان كذلك يقضى بينهما نصفين كذا هذا ويثبت لهما الخيار والكلام فى الخيار على نحو ما ذكرنا ولو وقتت البينتان فان كان وقتهما واحداً فكذلك وان كان أحدهما أسبق من الآخر فالاسبق تاريخا أولى عند أبى حنيفة وأبى يوسف وكذا عند محمد فى رواية الاصول بخلاف الميراث انه يكون بينهما نصفان عنده ووجه الفرق له ذكره الدارى وهو أن المشترى يثبت الملك لنفسه والوارث يثبت الملك للميت وعن محمد فى الاملاء انه سوى بين الميراث والشراء وقال لا عبرة بالتاريخ فى الشراء أيضا الا أن يؤرخا ملك البائعين وان وقتت احداهما ولم توقت الاخرى يقضى بينهما نصفين ولا عبرة للتاريخ أيضا فرق بين هذا وبين ما اذا ادعيا الشراء من رجل واحد فوقتت بينة أحدهما وأطلقت الاخرى أن بينة الوقت أولى ووجه الفرق انهما اذا ادعيا الشراء من اثنين فقد ادعيا تلقى الملك من البائعين فتاريخ احدى البينتين لا يدل على سبق أحد الشراءين بل يجوز ان يكون شراء صاحبه أسبق من شرائه فلا يحكم بسبق أحدهما مع الاحتمال فيقسم بينهما نصفين بخلاف ما اذا ادعيا الشراء من واحد لان هناك اتفقا على تلقى الملك من واحد فتاريخ احدى البينتين أوجب تلقى الملك منه فى زمان لا ينازعه فيه أحد فيؤمر بالدفع اليه حتى يقوم على التلقى منه دليل آخر هذا اذا كانت الدار فى يد ثالث فان كانت فى يد أحدهما فان ادعيا الشراء من واحد فصاحب اليد أولى سواء أرخ الآخر أو لم يؤرخ وسواء ذكر شهود القبض أو لم يذكر لان القبض من صاحب اليد أقوى لثبوته حسا ومشاهدة وقبض الآخر لم يثبت الا ببينة تحتمل الصدق والكذب فكان القبض المحسوس أولى فصار الحاصل ان القبض الثابت بالحس أولى من الثابت بالخبر ومن التاريخ أيضا والقبض الثابت بالخبر أولى من التاريخ وان ادعيا الشراء من اثنين يقضى للخارج سواء وقتت البينات أولا أو وقتت احداهما دون الاخرى الا اذا وقتا ووقت صاحب اليد أسبق لانهما ادعيا تلقى الملك من البائعين فقاما مقام البائعين فصار كان البائعين حضرا وأقاما البينة ولو كان كذلك يقضى للخارج كذا هذا بخلاف ما اذا كان البائع واحداً لانهما اتفقا على أن الملك لهما بالشراء من جهته ولاحدهما يد فيجعل كان شراء صاحب اليد أسبق وان كان السبب هو النتاج بان ادعى كل واحد من الخارجين انها دابته نتجت عنده فان أقام كل واحد منهما البينة على ملك مطلق يقضى بينهما نصفين لاستواء الحجتين وتعذر العمل بهما باظهار الملك فى كل المحل فليعمل بهما بالقدر الممكن وان أقاما البينة على ملك موقت فان اتفق الوقتان فكذلك وان اختلفا يحكم سن الدابة ان علم وان أشكل فعند أبى حنيفة يقضى لاسبقهما وقتا وعندهما يقضى بينهما وجه قولهما ان السن اذا أشكل يحتمل أن يكون موافقا لوقت هذا ويحتمل أن يكون موافقا لوقت ذاك فسقط اعتبار الوقت وصار كانهما سكتا عن الوقت أصلا وجه قول أبى

حنيفة

حنيفة رحمه الله أن وقوع الاشكال فى السن يوجب سقوط اعتبار حكم السبق فبطل تحكيمه فبقى الحكم للوقت فالاسبق أولى وهذا يشكل بالخارج مع ذى اليد وان خالف الوقتين جميعا فهو على ماذكرنا فى الخارج مع ذى اليد وان أقام أحدهما البينة على النتاج والآخر على ملك مطلق فبينة النتاج أولى لما مر هذا اذا ادعى الخارجان الملك من واحد أو اثنين بسببين متفقين من الميراث والشراء والنتاج فان كان بسببين مختلفين فنقول لايخلو اما ان كان من اثنين واما ان كان من واحد فان كان من اثنين يعمل بكل واحد من السببين بان ادعى أحدهما انه اشترى هذه الدابة من فلان وادعى الآخر ان فلانا آخر وهبها له وقبضها منه قضى بينهما نصفين لانهما ادعيا تلقى الملك من البائع والواهب فقاما مقامهما كانهما حضرا وادعيا وأقاما البينة على ملك مرسل وكذا لو ادعى ثالث ميراثا عن أبيه فانه يقسم بينهم اثلاثا ولو ادعى رابع وصدقه يقسم بينهم ارباعا لما قلنا وان كان ذلك من واحد ينظر الى السببين فان كان أحدهما أقوى يعمل به لان العمل بالراجح واجب وان استويا فى القوة يعمل بهما بقدر الامكان على ما هو سبيل دلائل الشرع بيان ذلك اذا أقام أحدهما البينة انه اشترى هذه الدار من فلان ونقده الثمن وقبض الدار وأقام الآخر البينة ان فلانا ذاك وهبها له وقبضها يقضى لصاحب الشراء لانه يفيد الحكم بنفسه والهبة لا تفيد الحكم الا بالقبض فكان الشراء أولى (وكذلك) الشراء مع الصدقة والقبض لما قلنا وكذلك الشراء مع الرهن والقبض لان الشراء يفيد ملك الرقبة والرهن يفيد ملك اليد وملك الرقبة أقوى ولو اجتمعت البينتان مع القبض يقضى بينهما نصفين لاستواء السببين (وقيل) هذا فيما لا يحتمل القسمة كالدابة والعبد ونحوهما (فأما فيما) يحتمل القسمة كالدار ونحوها فلا يقضى لهما بشىء على أصل أبى حنيفة رحمه الله فى الهبة من رجلين لحصول معنى الشيوع (وقيل) لا فرق بين ما يحتمل القسمة وبين ما لا يحتملها هنا لان هذا فى معنى الشيوع الطارئ لقيام البينة على الكل وانه لا يمنع الجواز (وكذلك) لو اجتمعت الصدقة مع القبض او الهبة والصدقة مع القبض يقضى بينهما نصفين لاستواء السببين لكن هذا اذا لم يكن المدعى فى يد أحدهما فان كان يقضى لصاحب اليد بالاجماع لما مر (ولو اجتمع) الرهن والهبة أو الرهن والصدقة فالقياس ان تكون الهبة أولى (وكذا) الصدقة لان كل واحد منهما يفيد ملك الرقبة والرهن يفيد ملك اليد والحبس وملك الرقبة أقوى وفى الاستحسان الرهن أولى لان المرهون عندنا مضمون بقدر الدين فاما الموهوب فليس بمضمون أصلا فكان الرهن أقوى (ولو اجتمع) النكاحان بأن ادعت امرأتان وأقامت كل واحدة منهما البينة على انه تزوجها عليه يقضى بينهما نصفين لاستواء السببين (ولو اجتمع) النكاح مع الهبة أو الصدقة او الرهن فالنكاح أولى لانه عقد يفيد الحكم بنفسه فكان اقوى ولو اجتمع الشراء والنكاح فهو بينهما نصفان عند أبى يوسف وللمراة نصف نصف القيمة على الزوج وعند محمد الشراء أولى وللمرأة القيمة على الزوج (وجه) قول محمد ان الشراء اقوى من النكاح بدليل انه لا يصح البيع بدون تسمية الثمن ويصح النكاح بدون تسمية المهر وكذا لا تصح التسمية بدون الملك فى البيع وتصح فى باب النكاح كما لو تزوج على جارية غيره دل ان الشراء أقوى من النكاح (وجه) قول أبى يوسف ان النكاح مثل الشراء فان كل واحد منهما معاوضة يفيد الحكم بنفسه هذا اذا ادعى كل واحد منهما قدر ما يدعى الآخر فأما اذا ادعى أحدهما أكثر مما يدعى الآخر بان ادعى أحدهما كل الدار والآخر نصفها وأقاما البينة على ذلك فانه يقضى لمدعى الكل بثلاثة ارباع الدار ولمدعى النصف بربعها عند أبى حنيفة وعندهما يقضى لمدعى الكل بثلثى الدار ولمدعى النصف بثلثها وانما اختلف جوابهم لاختلافهم فى طريق القسمة فتقسم عنده بطريق المنازعة وهما قسما بطريق العدل والمضاربة (وتفسير) القسمة بطريق المنازعة ان ينظر الى القدر الذى وقع التنازع فيه فيجعل الجزء الذى خلا عن المنازعة سالما لمدعيه (وتفسير) القسمة على طريق العدل والمضاربة ان تجمع السهام كلها فى العين فتقسم بين الكل بالحصص فيضرب كل بسهمه كما فى الميراث والديون المشتركة المتزاحمة والوصايا فلما كانت القسمة عند أبى حنيفة على طريق المنازعة تجب مراعاة محل النزاع فهنا يدعى أحدهما

كل الدار والآخر لا ينازعه الا فى النصف فبقى النصف الآخر خاليا عن المنازعة فيسلم لمدعى الكل لانه يدعى شيئا لا ينازعه فيه غيره ومن ادعى شيئا لا ينازعه فيه غيره يسلم له والنصف الآخر استوت فيه منازعتهما فيقضى بينهما نصفين فكانت القسمة ارباعا ثلاثة ارباع الدار لمدعى الكل وربعها لمدعى النصف ولما كانت القسمة عندهما على طريق المضاربة يقسم الثمن على مبلغ السهام فيضرب كل واحد بسهمه فهنا أحدهما يدعى كل الدار والآخر يدعى نصفها فيجعل أخسهما سهما فجعل نصف الدار بينهما واذا جعل نصف الدار بينهما صار الكل سهمين فمدعى الكل يدعى سهمين ومدعى النصف يدعى سهما واحدا فيعطى هذا سهما وذاك سهمين فكانت الدار بينهما اثلاثا ثلثاها لمدعى الكل وثلثها لمدعى النصف والصحيح قسمة أبى حنيفة عليه الرحمة لان الحاجة الى القسمة لضرورة الدعوى والمنازعة ووقوع التعارض فى الحجة ولا منازعة لمدعى الكل الا فى النصف فلا يتحقق التعارض الا فيه فيسلم له ما وراءه لقيام الحجة عليه وخلوها عن المعارض فكان ما قاله أبو حنيفة عملا بالدليل بالقدر الممكن وانه واجب هذا اذا كانت الدار فى يد ثالث فان كانت فى ايديهما فبينة مدعى الكل أولى لانه خارج لانه يدعى على صاحبه النصف الذى فى يده ومدعى النصف لا يدعى شيئا هو فى يد صاحبه لانه لا يدعى الا النصف والنصف فى يده فكان مدعى الكل خارجا ومدعى النصف صاحب يد فكانت بينة الخارج أولى فيقضى له بالنصف الذى فى يد صاحبه ويترك النصف الذى فى يده على حاله هذا اذا ادعى الخارجان شيئا فى يد ثالث فأنكر الذى فى يده فأقام البينة فان لم يقم لهما بينة وطلبا يمين المنكر يحلف لكل واحد منهما فان نكل لهما جميعا يقضى لهما بالنكول لان النكول حجة عندنا فان حلف لاحدهما ونكل للآخر يقضى للذى نكل لوجود الحجة فى حقه وان حلف لكل واحد منهما يترك المدعى فى يده قضاء ترك لا قضاء استحقاق حتى لو قامت لهما بينة بعد ذلك تقبل بينتهما ويقضى لهما بخلاف ما اذا اقاما البينة وقضى بينهما نصفين ثم أقام صاحب اليد البينة على انه ملكه انه لا تقبل بينته وكذا اذا أقام أحد المدعيين البينة على النصف الذى استحقه صاحبه بعد ما قضى بينهما نصفين لا تسمع بينته (ووجه) الفرق ان بالترك فى يد المدعى عليه لم يكن كل واحد من المدعيين مقضيا عليه حقيقة فتسمع منهما البينة (فأما) صاحب اليد فقد صار مقضيا عليه حقيقة وكذا كل واحد من المدعيين بعد ما قضى بينهما نصفين صار مقضيا عليه فى النصف والبينة من المقضى عليه غير مسموعة الا اذا ادعى التلقى من جهة المستحق او ادعى النتاج وكذا لو ادعى بائع المقضى عليه او بائع بائعه هكذا وأقام البينة لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته لان القضاء عليه قضاء على الباعة كلهم فى حق بطلان الدعوى ان لم يكن قضاء عليهم فى حق ولاية الرجوع بالثمن الا اذا قضى القاضى لهذا المشترى بالرجوع على بائعه بالثمن فيرجع هذا البائع على بائعه أيضا هكذا فرق بين هذا وبين الحرية الاصلية ان القضاء بالحرية قضاء على الناس كلهم فى حق بطلان الدعوى وثبوت ولاية الرجوع بالثمن على الباعة (ووجه) الفرق بين الملك والعتق على نحو ما ذكرنا من قبل هذا اذا أنكر الذى فى يده فان أقر به لاحدهما (فنقول) هذا لا يخلو من أحد وجهين اما ان كان قبل اقامة البينة واما ان كان بعد اقامة البينة فان أقر قبل اقامة البينة جاز اقراره ودفع الى المقر له لان المدعى فى يده وملكه من حيث الظاهر فيملك التصرف فيه بالاقرار وغيره وان أقر بعد اقامة البينة قبل التزكية لم يجز اقراره لانه تضمن ابطال حق الغير وهو البينة فكان اقرارا على غيره فلا يصح فى حق ذلك الغير ولكن يؤمر بالدفع الى المقر له لان اقراره فى حق نفسه صحيح وكذا البينة قد لا تتصل بها التزكية فيؤمر بالدفع الى المقر له فى الحال فاذا زكيت البينتان يقضى بينهما نصفين لانه تبين ان المدعى كان بينهما نصفين فظهر ان اقراره كان ابطالا لحق الغير فلم يصح فالتحق بالعدم وان أقر بعد اقامة البينة وبعد التزكية يقضى بينهما لما قلنا ان اقراره لم يصح فكان ملحقا بالعدم هذا كله اذا كانت الدعوى من الخارج على ذى اليد أو من الخارجين على ذى اليد فأما اذا كانت من صاحب اليد أحدهما على الآخر بان كان المدعى فى أيديهما فان أقام أحدهما البينة انه يقضى له بالنصف الذى فى يد صاحبه والنصف الذى كان فى يده ترك فى يده وهو معنى قضاء الترك

ولو

ولو أقام كل واحد منهما البينة انه له يقضى لكل واحد منهما بالنصف الذى فى يد صاحبه لان كل واحد منهما فى ذلك النصف خارج ولو لم تقم لاحدهما بينة يترك فى أيديهما قضاء ترك حتى لو قامت لاحدهما بعد ذلك بينة تقبل لانه لم يصر مقضيا عليه حقيقة هذا اذا لم توقت البينتان فان وقتا فان اتفق الوقتان فكذلك وان اختلفا فالاسبق أولى عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله (وأما) عند محمد فلا عبرة للوقت فى بينة صاحب اليد فيكون بينهما نصفين وان وقت احداهما دون الاخرى يكون بينهما عند أبى حنيفة ومحمد والوقت ساقط وعند أبى يوسف هو لصاحب الوقت وقد مرت الحجج قبل هذا والله تعالى أعلم (وأما) حكم تعارض البينتين القائمتين على قدر الملك فالاصل فيه ان البينة المظهرة للزيادة أولى كما اذا اختلف المتبايعان فى قدر الثمن فقال البائع بعتك هذا العبد بالفى درهم وقال المشترى اشتريته منك بألف درهم وأقاما البينة فانه يقضى ببينة البائع لانها تظهر زيادة الف وكذا لو اختلفا فى قدر المبيع فقال البائع بعتك هذا العبد بألف وقال المشترى اشتريت منك هذا العبد وهذه الجارية بالف وأقاما البينة يقضى ببينة المشترى لانها تظهر زيادة وكذا لو اختلف الزوجان فى قدر المهر فقال الزوج تزوجتك على الف وقالت المرأة على الفين وأقاما البينة يقضى ببينة المرأة لانها تظهر فضلا ثم انما كانت بينة الزيادة أولى لانه لا معارض لها فى قدر الزيادة فيجب العمل بها فى ذلك القدر لخلوها عن المعارض ولا يمكن الا بالعمل فى الباقى فيجب العمل بها فى الباقى ضرورة وجوب العمل بها فى الزيادة ولا يلزم على هذا الاصل ما اذا اختلف الشفيع والمشترى فى قدر ثمن الدار المشفوعة فقال الشفيع اشتريتها بألف وقال المشترى بالفين وأقاما البينة انه يقضى ببينة الشفيع عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وان كانت بينة المشترى تظهر الزيادة لان البينة انما تقبل من المدعى لانها جعلت حجة المدعى فى الاصل والمدعى هناك هو الشفيع لوجود حد المدعى فيه وهو ان يكون مخيرا فى الخصومة بحيث لو تركها يترك ولا يجبر عليها فأما المشترى فمجبور على الخصومة ألا ترى لو تركها لا يترك بل يجبر عليها فكان هو مدعى عليه والبينة حجة المدعى لا حجة المدعى عليه فى الاصل لذلك قضى ببينة الشفيع لا ببينة المشترى بخلاف ما اذا اختلف البائع والمشترى فى قدر الثمن لان هناك البائع هو المدعى لان المخير فى الخصومة ان شاء خاصم وان شاء لا وفيما اذا اختلفا فى قدر المبيع المدعى هو المشترى الا ترى لو ترك الخصومة يترك وكذا فى باب النكاح المدعى فى الحقيقة هو المرأة لما قلنا فهو الفرق ووجه آخر من الفرق ذكرناه فى كتاب الشفعة وعلى هذا يخرج اختلاف المتبايعين فى أجل الثمن فى أصل الاجل أو فى قدره وأقاما البينة ان البينة بينة المشترى لانها تظهر الزيادة وكذا لو اختلفا فى مضيه وأقاما البينة فالبينة بينة المشترى انه لم يمض لانها تظهر زيادة وعلى هذا يخرج اختلافهما فى المسلم فيه فى قدره أو جنسه أو صفته مع اتفاقهما على رأس المال وأقاما البينة بعد تفرقهما ان البينة بينة رب السلم ويقضى بسلم واحد بالاجماع لانهما اتفقا على ان المسلم اليه لم يقبض الا رأس مال واحد وان اختلفا قبل التفرق فكذلك ويقضى بسلم واحد عند أبى حنيفة وابى يوسف وعند محمد تقبل البينتان جميعا ويقضى بسلمين (وجه) قول محمد ان كل واحد من البينتين قامت على عقد على حدة لاختلاف البدلين فيعمل بهما جميعا ويقضى بسلمين اذ لا تنافى بينهما ولهما انهما اتفقا على عقد واحد وانما اختلفا فى قدر المعقود عليه قدراً أو جنساً أو صفة وبينة رب السلم تظهر زيادة فكانت أقوى ولو اختلفا فى رأس المال فى قدره أو جنسه أو صفته مع اتفاقهما على المسلم فيه فالبينة بينة المسلم اليه عندهما وعنده تقبل البينتان جميعا ويقضى بسلمين والحجج على نحو ما ذكرنا هذا اذا تصادقا ان رأس المال كان ديناً فان تصادقا انه عين واختلفا فى المسلم فيه فان كان رأس المال عيناً واحدة يقضى بسلم واحد كما اذا قال رب السلم أسلمت اليك هذا الثوب فى كر حنطة وقال المسلم اليه فى كر شعير فالبينة بينة رب السلم لان رأس المال اذا كان عينا واحدة لا يمكن ان يجعل عقدين فيجعل عقداً واحداً وبينة رب السلم تظهر زيادة فكانت أولى بالقبول واذا كان عينين بان قال رب السلم أسلمت اليك هذا الفرس فى كر حنطة وقال المسلم اليه هذا الثوب فى كر شعير يقضى بسلمين بالاجماع لانه يمكن ان يجعل عقدين فيجعل سلمين هذا كله

اذا كانت الدعوى دعوى الملك فاما دعوى اليد بان تنازع رجلان فى شئ يدعيه كل واحد منهما انه فى يده فعلى كل واحد منهما البينة على اليد لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ولان الملك واليد كل واحد منهما مقصود فى نفسه فتقع الحاجة الى اثبات كل واحد منهما بالبينة فان أقاما جميعاً البينة يقضى بكونه فى أيديهما لاستوائهما فى الحجة وان أقام أحدهما البينة صار صاحب يد وصار مدعى عليه وان لم تقم لاحدهما بينة فعلى كل واحد منهما اليمين لقوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر وكل واحد منهما ينكر دعوى صاحب اليد فيحلف هذا كله اذا اقامت البينتان على الملك أو على اليد فاما اذا اقامت احدى البينتين على الملك والاخرى على اليد فبينة الملك أولى نحو ما اذا أقام الخارج البينة على ان الدار له منذ سنتين وأقام ذو اليد البينة على انها فى يده منذ ثلاث سنين يقضى بها للخارج لان البينة القائمة على الملك أقوى لان اليد قد تكون محقة وقد تكون مبطلة كيد الغصب والسرقة واليد المحقة قد تكون يد ملك وقد تكون يد اعارة واجارة فكانت محتملة فلا تصلح بينتها معارضة لبينة الملك (واما) دعوى النسب فالكلام فى النسب فى الاصل فى ثلاثة مواضع فى بيان ما يثبت به النسب وفى بيان ما يظهر به النسب وفى بيان صفة النسب الثابت اما ما يثبت به النسب فالكلام فيه فى موضعين أحدهما فى بيان ما يثبت به نسب الولد من الرجل والثانى فى بيان ما يثبت به نسبه من المرأة اما الاول فنسب الولد من الرجل لا يثبت الا بالفراش وهو ان تصير المرأة فراشاً له لقوله عليه الصلاة والسلام الولد للفراش وللعاهر الحجر وقوله عليه الصلاة والسلام الولد للفراش أى لصاحب الفراش الا انه أضمر المضاف فيه اختصاراً كما فى قوله عز وجل واسأل القرية ونحوه والمراد من الفراش هو المرأة فانها تسمى فراش الرجل وازاره ولحافه وفى التفسير فى قوله عز شأنه وفرش مرفوعة انها نساء أهل الجنة فسميت المرأة فراشاً لما انها تفرش وتبسط بالوطء عادة ودلالة الحديث من وجوه ثلاثة أحدها ان النبي عليه الصلاة والسلام أخرج الكلام مخرج القسمة فجعل الولد لصاحب الفراش والحجر للزانى فاقتضى ان لا يكون الولد لمن لا فراش له كما لا يكون الحجر لمن لا زنا منه اذ القسمة تنفى الشركة والثانى انه عليه الصلاة والسلام جعل الولد لصاحب الفراش ونفاه عن الزانى بقوله عليه الصلاة والسلام وللعاهر الحجر لان مثل هذا الكلام يستعمل فى النفى والثالث انه جعل كل جنس الولد لصاحب الفراش فلو ثبت نسب ولد لمن ليس بصاحب الفراش لم يكن كل جنس الولد لصاحب الفراش وهذا خلاف النص فعلى هذا اذا زنى رجل بامرأة فجاءت بولد فادعاه الزانى لم يثبت نسبه منه لانعدام الفراش واما المرأة فيثبت نسبه منها لان الحكم فى جانبها يتبع الولادة على ما نذكر ان شاء الله تعالى وقد وجدت وكذلك لو ادعى رجل عبداً صبياً فى يد رجل انه ابنه من الزنا لم يثبت منه كذبه المولى فيه أو صدقه لما قلنا ولو هلك الولد بوجه من الوجوه عتق عليه لانه أقر انه مخلوق من مائه وان ملك أمه لم تصر ام ولد له لان أمومية الولد تتبع ثبات النسب ولم يثبت وكذلك لو كان هذا العبد لاب المدعى أو عمه لما ذكرنا ولو كان لابن المدعى فقال هو ابنى من الزنا يثبت نسبه منه وهو مخطئ فى قوله من الزنا لانه يصير متملكا الجارية عندنا قبيل الاستيلاد أو مقارناً له ولا يتحقق الوطء زناً مع ثبوت الملك ولو كان المدعى غير الاب فقال هو ابنى منها ولم يقل من الزنا فان صدقه المولى ثبت نسبه منه ويكون عبداً لمولى الام وان كذبه لا يثبت النسب للحال واذا ملكه المدعى يثبت النسب ويعتق عليه لان الاقرار بالبنوة مطلقاً عن الجهة محمول على جهة مصححة للنسب وهى الفراش الا انه لم يظهر نفاذه للحال لقيام ملك المولى فاذا ملكه زال المانع وكذلك لو قال هو ابنى من نكاح فاسد أو شراء فاسد وادعى شبهة بوجه من الوجوه أو قال أحلها لى الله ان صدقه المولى يثبت النسب وان كذبه لم يثبت النسب ما دام عبداً فاذا ملكه يثبت النسب ويعتق عليه لان العقد الفاسد ملحق بالصحيح فى ثبات النسب وكذلك الشبهة فيه ملحقة بالحقيقة فكان هذا اقراراً بالنسب بجهة مصححة للنسب شرعاً الا انه امتنع ظهوره للحال لحق المولى فاذا زال ظهر وعتق لانه ملك ابنه وان ملك امها كانت أم ولد له لانه وجد سبب أمومية الولد وهو ثبوت النسب بناء على وجود سبب الثبوت وهو الاقرار بالنسب بجهة

مصححة

مصححة له شرعا الا انها توقفت على شرطها وهو الملك وقد وجد بخلاف الفصل الاول لان هناك لم يوجد سبب أمومية الولد أصلا لانعدام سبب ثبوت النسب وهو الاقرار بجهة مصححة شرعا وعلى هذا اذا تصادق الزوجان على ان الولد من الزنا من فلان لا يثبت النسب منه و يثبت من الزوج لان الفراش له وعلى هذا اذا ادعى رجل صبياً فى يد امرأة فقال هو ابنى من الزنا وقالت المرأة هو من النكاح لا يثبت نسبه من الرجل ولا من المرأة لان الرجل أقر انه ابنه من الزنا والزنا لا يوجب النسب والمرأة تدعى النكاح والنكاح لا بد له من حجة وكذلك لو كان الامر على العكس بان ادعى الرجل انه ابنه من النكاح وادعت المرأة انه من الزنا لما قلنا ولو قال الرجل بعد ذلك فى الفصل الاول هو من النكاح أو قالت المرأة بعد ذلك فى الفصل الثانى هو من النكاح يثبت النسب وان كان ذلك منهما تناقضاً لان التناقض ساقط الاعتبار شرعا فى باب النسب كما هو ساقط الاعتبار شرعاً فى باب العتق لما ذكرنا والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الثانى فنسب الولد من المرأة يثبت بالولادة سواء كان بالنكاح أو بالسفاح لان اعتبار الفراش انما عرفناه بالحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام الولد للفراش أى لمالك الفراش ولا فراش للمرأة لانها مملوكة وليست بمالكة فبقى الحكم فى جانبها متعلقا بالولادة واذا عرفت ان نسب الولد من الرجل لا يثبت الا اذا صارت المرأة فراشاً له فلا بد من معرفة ما تصير به المرأة فراشاً وكيفية عمله فى ذلك فنقول و بالله التوفيق المرأة تصير فراشاً باحد أمرين احدهما عقد النكاح والثانى ملك اليمين الا ان عقد النكاح يوجب الفراش بنفسه لكونه عقدا موضوعاً لحصول الولد شرعاً قال النبى عليه الصلاة والسلام تناكحوا توالدوا تكثروا فانى أباهى بكم الامم يوم القيامة ولو بالسقط وكذا الناس يقدمون على النكاح لغرض التوالد عادة فكان النكاح سبباً مفضياً الى حصول الولد فكان سبباً لثبات النسب بنفسه و يستوى فيه النكاح الصحيح والفاسد اذا اتصل به الوطء لان النكاح الفاسد ينعقد فى حق الحكم عند بعض مشايخنا لوجود ركن العقد من أهله فى محله والفاسد ما فاته شرط من شرائط الصحة وهذا لا يمنع انعقاده فى حق الحكم كالبيع الفاسد الا انه يمنع من الوطء لغيره وهذا لا يمنع ثبات النسب كالوطء فى حالة الحيض والنفاس وسواء كانت المنكوحة حرة أو امة لان المقصود من فراش الزوجية لا يختلف واما ملك اليمين فى أم الولد يوجب الفراش بنفسه أيضاً لانه ملك يقصد به حصول الولد عادة كملك النكاح فكان مفضيا الى حصول الولد كملك النكاح الا انه أضعف منه لانه لا يقصد به ذلك مثل ما يقصد بملك النكاح وكذا يحتمل النقل الى غيره بالتزويج و ينتفى بمجرد النفى من غير لعان بخلاف ملك النكاح واما فى الامة فلا يوجب الفراش بنفسه بالاجماع حتى لا تصير الامة فراشاً بنفس الملك بلا خلاف وهل تصير فراشاً بالوطء اختلف فيه قال أصحابنا رضى الله تعالى عنهم لا تصير فراشا الا بقرينة الدعوة وقال الشافعى عليه الرحمه تصير فراشاً بنفس الوطء من غير دعوة وعبارة مشايخنا رحمهم الله فى هذا الباب ان الفراش ثلاثة فراش قوى وفراش ضعيف وفراش وسط فالقوى فراش المنكوحة حتى يثبت النسب من غير دعوة ولا ينتفى الا باللعان والوسط فراش ام الولد حتى يثبت النسب من غير دعوة و ينتفى بمجرد النفى من غير لعان والضعيف فراش الامة حتى لا يثبت النسب فيه الا بالدعوة عندنا خلافا للشافعى (وجه) قوله ان ثبات النسب منه لحصول الولد من مائه وهذا يحصل بالوطء من غير دعوة لان الوطء سبب لحصول الولد فقصد منه ذلك أولا (ولنا) ان وطء الامة لا يقصد به حصول الولد عادة لانها لا تشترى للوطء عادة بل للاستخدام والاسترباح ولو وطئت فلا يقصد به حصول الولد عادة لان الولد لا يحصل الا بترك العزل والظاهر فى الاماء هو العزل والعزل بدون رضاهن مشروع فلا يكون وطؤها سببا لحصول الولد الا بقرينة الدعوة ولانه لما ادعى علم بقرينة الدعوة انه وطئها ولم يعزل عنها والوطء من غير عزل سبب لحصول الولد فيثبت النسب حتى لو كان المولى وطئها وحصنها ولم يعزل عنها لا يحل له النفى فيما بينه و بين الله تعالى عز شأنه بل تلزمه الدعوى والاقرار به لانه اذا كان كذلك فالظاهر انه ولده فلا يحل له نفيه فيما بينه و بين الله تعالى بلا خلاف بين أصحابنا رضى الله تعالى عنهم واختلفوا فيما اذا وطئها

وحصنها ولكن عزل عنها أو لم يعزل عنها ولكنه لم يحصنها قال أبو حنيفة رضي الله عنه يحل له النفي وقال أبو يوسف رحمه الله أحب الى ان يدعو اذا كان وطئها ولم يعزل عنها وان لم يحصنها وقال محمد عليه الرحمة أحب الى ان يعتق ولدها و يستمتع بأمه الى ان يقرب موته فيعتقها وجه قول أبي يوسف انه اذا وطئها ولم يعزل عنها احتمل كون الولد منه فلا يحل له النفي بالشك والاحتمال وجه قول أبي حنيفة انه اذا لم يحصنها احتمل كونه من غيره فلا يلزمه الاقرار به بالشك لان غير الثابت بيقين لا يثبت بالشك كما ان الثابت بيقين لا يزول بالشك وجه قول محمد انه اذا احتمل كونه من غيره لا يلزمه الاقرار به كما قاله أبو حنيفة رحمه الله ولما احتمل كونه منه لا يجوز له النفي أيضا كما قاله أبو يوسف لكن يسلك فيه مسلك الاحتياط فيعتق الولد صيانة عن استرقاق الحر عسى و يستمتع بأمه لان الاستمتاع بالامة وأم الولد مباح و يعتقها عند موته صيانة عن استرقاق الحرة بعد موته عسى و يستوى فى فراش الملك ملك كل المحل و بعضه وملك الذات وملك اليد فى ثبوت النسب و بيان ذلك فى مسائل اذا حملت الجارية فى ملك رجلين فجأت بولد فادعاه أحدهما يثبت نسب الولد منه لان ماله من الملك أوجب النسب بقدره الا أن النسب لا يتجزأ فمتى ثبت فى البعض يتعدى الى الكل وتصير الجارية أم ولد له وعليه نصف قيمتها لشريكه ونصف العقر ولا يضمن قيمة الولد وهى من مسائل كتاب العتق ولو ادعياه جميعا معا فهو ابنهما والجارية أم ولد لهما وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله هو ابن أحدهما و يتعين بقول القائف وجه قوله ان خلق ولد واحد من ماء فحلين مستحيل عادة ما أجرى الله سبحانه وتعالى العادة بذلك الا فى الكلاب على ما قيل فلا يكون الولد الا من أحدهما و يعرف ذلك بقول القائف فان الشرع ورد بقبول قول القائف فى النسب فانه روى أن قائفا مر باسامة وزيد وهما تحت قطيفة واحدة قد غطى وجوههما وأرجلهما بادية فقال ان هذه الاقدام يشبه بعضها بعضا فسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم ففرح بذلك حتى كادت تبرق أسارير وجهه عليه الصلاة والسلام فقد اعتبر عليه الصلاة والسلام قول القائف حيث لم يرد عليه بل قرره باظهار الفرح (ولنا) اجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه روى انه وقعت هذه الحادثة فى زمن سيدنا عمر رضي الله عنه فكتب الى شريح لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثهما و يرثانه وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينقل انه أنكر عليه منكر فيكون اجماعا لان سبب استحقاق النسب بأصل الملك وقد وجد لكل واحد منهما فيثبت بقدر الملك حصة للنسب ثم يتعدى لضرورة عدم التجزى فيثبت نسبه من كل واحد منهما على الكمال وأما فرح النبي عليه الصلاة والسلام وترك الرد والنكر فاحتمل انه لم يكن لاعتباره قول القائف حجة بل لوجه آخر وهو ان الكفار كانوا يطعنون فى نسب اسامة رضي الله عنه وكانوا يعتقدون القيافة فلما قال القائف ذلك فرح رسول الله صلى الله عليه وسلم لظهور بطلان قولهم بما هو حجة عندهم فكان فرحه فى الحقيقة بزوال الطعن بما هو دليل الزوال عندهم والمحتمل لا يصلح حجة وكذلك لو كانت الجارية بين ثلاثة أو أربعة أو خمسة فادعوه جميعا معا فهو ابنهم جميعا ثابت نسبه منهم والجارية أم ولد لهم عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف لا يثبت من أكثر من اثنين وقال محمد لا يثبت من أكثر من ثلاثة وجه قول أبي يوسف أن القياس يأبى ثبوت النسب من أكثر من رجل واحد لما ذكرنا للشافعي الا انا تركنا القياس فى رجلين باثر سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه فبقى حكم الزيادة مردودا الى أصل القياس وجه قول محمد ان الحمل الواحد يجوز أن يكون ثلاثة أولاد وكل واحد منهم يجوز أن يخلق من ماء على حدة وقد جاء عن ابراهيم النخعي رحمه الله انه أثبت النسب من ثلاثة فاما الزيادة على الثلاثة فى بطن واحد فنادر غاية الندرة فالشرع الوارد فى الاثنين يكون واردا فى الثلاثة ولابي حنيفة أن الموجب لثبات النسب لا يفصل بين عدد الاثنين والخمسة فالفصل بين عدد وعدد يكون تحكما من غير دليل وسواء كانت الانصباء متفقة أو مختلفة بان كان لاحدهم السدس وللآخر الربع وللآخر الثلث وللآخر ما بقى فالولد ابنهم جميعا فحكم النسب لا يختلف لان سبب ثبات النسب هو أصل الملك لا صفة المالك والله سبحانه وتعالى أعلم وأما حكم الاستيلاد فيثبت فى نصيب كل

واحد

واحد بقدر حصته من الملك فلا يتعدى الى نصيب غيره ولو كانت الجارية بين الاب والابن فجاءت بولد فادعياه جميعا معا فالاب أولى عند علمائنا الثلاثة وعند زفر رحمه الله يثبت النسب منهما جميعا وجه قوله انهما استويا في سبب الاستحقاق وهو أصل الملك فيستويان في الاستحقاق (ولنا) ان الترجيح لجانب الاب لان نصف الجارية ملكه حقيقة وله حق تمليك النصف الآخر وليس للابن الا ملك النصف فكان الاب أولى ويتملك نصيب الابن من الجارية بالقيمة ضرورة ثبوت الاستيلاد في نصيبه لانه لا يتجزأ فلا يتصور ثبوته في البعض دون البعض كما في الجارية المشتركة بين الاجنبيين ويضمن كل واحد منهما للآخر نصف العقر لان الوطء من كل واحد منهما في قدر نصيب شريكه حصل في غير الملك كما في الاجنبيين يضمن كل واحد منهما نصف العقر للآخر ثم يكون النصف بالنصف قصاصا كما في الاجانب وهذا بخلاف حالة الانفراد فان أمة لرجل اذا جاءت بولد فادعاه أبوه ثبت نسبه منه ولا عقر عليه عند أصحابنا الثلاثة لان هناك صار متملكا الجارية ضرورة صحة الاستيلاد سابقا عليه أو مقارنا له لانعدام حقيقة الملك فحصل الوطء في الملك وههنا الاستيلاد صحيح بدون التملك لقيام حقيقة الملك في النصف فلا حاجة الى التملك لصحة الاستيلاد وانه صحيح بدونه وانما يثبت ضرورة ثبوت الاستيلاد في نصيبه لانه يحتمل التجزي على ما ذكرنا هو الفرق وكذلك الجد عند عدم الاب لانه بمنزلة الاب عند عدمه ولو كان بين الجد والحافد جارية فجاءت بولد فادعياه معا والاب حي يثبت النسب منهما جميعا لان الجد حال قيام الاب بمنزلة الاجنبي ولو ادعى الولد أحد المالكين وأب المالك الآخر فالمالك أولى لان له حقيقة الملك ولاب المالك الآخر حق التملك فكان المالك الحقيقي أولى هذا كله اذا كان الشريكان المدعيان حرين مسلمين فان كان أحدهما حرا والآخر عبدا فالحر أولى لان اثبات النسب منه أنفع حيث يصل هو الى حقيقة الحرية وأمه الى حق الحرية وكذلك لو كان أحدهما حرا والآخر عبدا مكاتبا فالحر أولى لان الولد يصل الى حقيقة الحرية ولو كان أحدهما مكاتبا والآخر عبدا فالمكاتب أولى لانه حر يدا فكان أنفع للولد ولو كانا عبدين يثبت النسب منهما جميعا لكن هل يشترط فيه تصديق المولى فيه روايتان ومنهم من وفق بين الروايتين فحمل شرط التصديق على ما اذا كان العبد محجورا وحمل الاخرى على ما اذا كان مأذونا عملا بهما جميعا ولو كان أحدهما مسلما والآخر ذميا فالمسلم أولى استحسانا والقياس أن يثبت نسبه منهما وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة وزفر وجه القياس أن النسب حكم الملك وقد استويا في الملك فيستويان في حكمه كما في سائر الاحكام المتعلقة بالملك وجه الاستحسان ان اثبات النسب من المسلم أنفع للصبي لانه يحكم باسلامه تبعا له وكذلك لو كان أحدهما كتابيا والآخر مجوسيا فالقياس ان يثبت النسب منهما لاستوائهما في الملك وفي الاستحسان الكتابي أولى لانه أقرب الى الاسلام من المجوسي فكان أنفع للصبي ولو كان أحدهما عبدا مسلما أو مكاتبا مسلما والآخر حرا كافرا فالحر أولى لان هذا أنفع للصبي لانه يمكنه ان يكتسب الاسلام بنفسه اذا عقل ولا يمكنه اكتساب الحرية بحال ولو كان أحدهما ذميا والآخر مرتدا فهو ابن المرتد لان ولد المرتد على حكم الاسلام ألا ترى انه اذا بلغ كافرا يجبر على الاسلام واذا أجبر عليه فالظاهر انه يسلم فكان هذا أنفع للصبي هذا كله اذا خرجت دعوة الشريكين معا فاما اذا سبقت دعوة أحدهما في هذه الفصول كلها كائنا من كان فهو أولى لان النسب اذا ثبت من انسان في زمان لا يحتمل الثبوت من غيره بعد ذلك الزمان هذا اذا حملت الجارية في ملكهما فجاءت بولد فادعاه أحدهما أو ادعياه جميعا فاما اذا كان العلوق قبل الشراء بان اشترياها وهي حامل فجاءت بولد فادعاه أحدهما فاما حكم نسب الولد وصيرورة الجارية أم ولد له وضمان نصف قيمة الام موسرا كان أو معسرا فلا يختلف ويختلف حكم العقر والولد فلا يجب العقر هنا ويجب هناك لان الاقرار بالنسب ههنا لا يكون اقرارا بالوطء لتيقننا بعدم العلوق في الملك بخلاف الاول والولد يكون بمنزلة عبد بين شريكين أعتقه أحدهما لان ابتداء العلوق لم يكن في ملكه فلم يجز اسناد الدعوى الى حالة العلوق الا انه ادعى نسب ولد بعضه على ملكه ودعوى الملك بمنزلة انشاء الاعتاق ولو أعتق هذا

الولد يضمن نصيب شريكه منه ان كان موسرا ولم يضمن ان كان معسرا كذا هذا بخلاف ما اذا علقت الجارية في ملكهما لان هناك استندت الدعوة الى حال العلوق فسقط الضمان وهنا لا تستند فلا بد من افراد الولد بالضمان والولاء بينهما وان ادعياه فهو ابنهما ولا عقر لواحد منهما على صاحبه كما في الاول ولا يفترقان الا في الولاء فإن ثبت هنا لا يثبت هناك لان الدعوة ثمة دعوة الاستيلاد فيعلق الولد حرا والدعوة هنا دعوة تحرير وانه يوجب استحقاق الولاء قال عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق ولو كانت الجارية المشتراة زوجة أحدهما فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر يثبت نسبه من الزوج من غير دعوة لانها اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر فقد تيقنا ان علوق الولد كان من النكاح وعقد النكاح يوجب الفراش بنفسه ويضمن نصف قيمة الجارية لانها صارت أم ولد له فصار متملكا نصيب شريكه بالقيمة ولا يضمن قيمة الولد لانه عتق عليه من غير صنعه ولو اشترى اخوان جارية حاملا فجاءت بولد فادعاه أحدهما يثبت نسبه منه وعليه نصف قيمة الولد لان دعوته دعوة تحرير فاذا ادعاه فقد حرره والتحرير اتلاف نصيب شريكه فيضمن نصف قيمته ولا يعتق الولد على عمه بالقرابة لان الدعوة من أخيه اعتاق حقيقة فيضاف العتق اليه لا الى القرابة هذا اذا ولدت الجارية المشتركة ولدا فادعاه أحد الشريكين أو ادعياه جميعا فأما اذا ولدت ولدين فادعى كل واحد منهما ولدا على حدة فنقول هذا في الاصل لا يخلو اما أن ولدتهما في بطن واحد واما أن ولدتهما في بطنين مختلفين والدعوتان اما أن خرجتا جميعا معا واما أن سبقت احداهما الاخرى فان ولدت الجارية الولدين في بطن واحد فان خرجت الدعوتان جميعا معا ثبت نسب الولدين منهما جميعا لان دعوة أحد التوأمين دعوة الآخر لاستحالة الفصل بينهما في النسب لعلوقهما من ماء واحد فكانت دعوة أحدهما دعوة الآخر ضرورة وان سبق أحدهما بالدعوة ثبت نسب الولدين منه لانه ثبت نسب المدعى ومن ضرورته ثبوت نسب الآخر وعتقا جميعا لعلوقهما حرى الاصل وصارت الجارية أم ولد له وغرم نصف العقر ونصف قيمة الجارية والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا ولدتهما في بطن واحد فأما اذا ولدتهما في بطنين مختلفين فان خرجت الدعوتان جميعا معا ثبت نسب الاكبر من مدعى الاكبر بلا شك وصارت الجارية أم ولد له وغرم نصف قيمة الجارية ونصف العقر لمدعى الاصغر وهل يثبت نسب الولد الاصغر من مدعى الاصغر فالقياس ان لا يثبت الا بتصديق مدعى الاكبر وفي الاستحسان يثبت وجه القياس ان الجارية صارت أم ولد لمدعى الاكبر لثبوت نسب الاكبر منه فمدعى الاصغر يدعى ولد أم ولد الغير ومن ادعى ولد أم ولد الغير لا يثبت نسبه منه الا بتصديقه ولم يوجد وجه الاستحسان أن مدعى الاكبر غير مدعى الاصغر حيث أخر الدعوة الى دعوته فصار مدعى الاصغر بتأخير دعوة الاكبر مغرورا من جهته وولد المغرور ثابت النسب حر بالقيمة وعلى مدعى الاصغر العقر لمدعى الاكبر لكن نصف العقر أو كله ففيه اختلاف الروايتين والتوفيق بينهما ممكن لان رواية نصف العقر على مدعى الاصغر جواب حاصل ما عليه من العقر بعد القصاص وهو النصف ورواية الكل بيان ما عليه قبله لان مدعى الاكبر قد غرم نصف العقر لمدعى الاصغر فالنصف بالنصف يلتقيان قصاصا فلا يبقى على مدعى الاصغر بعد المقاصة الا النصف فأمكن التوفيق بين الروايتين من هذا الوجه وعلى مدعى الاصغر قيمة الولد الاصغر لأنه ولد المغرور وولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم فاذا على مدعى الاصغر نصف العقر وكل قيمة الولد وعلى مدعى الاكبر نصف قيمة الجارية لصيرورتها أم ولد له فيصير نصف قيمة الجارية الذي على مدعى الاكبر قصاصا بنصف العقر وقيمة الولد الذي على مدعى الاصغر ويترادان الفضل هذا اذا خرجت الدعوتان جميعا معا فادعى أحدهما الاكبر والآخر الاصغر فأما اذا سبق أحدهما بالدعوة فان ادعى السابق الاكبر أولا فقد ثبت نسب الاكبر منه وعتق وصارت الجارية أم ولد له وغرم لشريكه نصف قيمة الجارية ونصف العقر بعد ذلك اذا ادعى الآخر الاصغر فقد ادعى ولد أم ولد الغير فلا بد من التصديق لثبات النسب فان صدقه ثبت النسب ويكون على حكم أمه وان كذبه لا يثبت النسب هذا اذا ادعى السابق بالدعوة الاكبر

اولا

أولا فاما اذا ادعى الاصغر أولا ثبت نسب الاصغر منه وعتق وصارت الجارية أم ولد له وضمن نصف قيمتها ونصف عقرها لشريكه الآخر والاكبر بعد رقيق بينهما لانه ولد جارية مملوكة بينهما لم يدعه أحد فاذا ادعاه الشريك الآخر بعد ذلك صار كعبد بين اثنين أعتقه أحدهما عتق نصيبه وثبت نسبه منه والشريك الآخر بالخيار ان شاء أعتق نصيبه وان شاء ضمن المعتق قيمة نصيبه ان كان موسرا وان كان معسرا فله خيار الاعتاق والاستسعاء لا غير وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما ان كان موسرا فله تضمين الموسر لا غير وان كان معسرا فله الاستسعاء على ما علم في كتاب العتاق ولو قال أحدهما الاكبر ابني والاصغر ابن شريكي ثبت نسب الاكبر منه وصارت الجارية أم ولد له وضمن نصف قيمة الجارية ونصف العقر لشريكه والاصغر ولد أم ولده أقر بنسبه لشريكه فان صدقه شريكه ثبت نسبه منه ولا يعتق وان كذبه لا يثبت النسب وكذلك لو قدم وأخر بأن قال الاصغر ابني والاكبر ابن شريكي ثبت نسب الاصغر منه ونسب الاكبر موقوف على تصديق شريكه ولو قال أحدهما الاصغر ابني والاكبر ابن شريكي أو قدم وأخر فقال الاكبر ابن شريكي والاصغر ابني ثبت نسب الاصغر منه وعتق وصارت الجارية أم ولد له وعتق وضمن لشريكه نصف قيمة الجارية ونصف العقر ونسب الاكبر موقوف على تصديق شريكه فان صدقه ثبت النسب منه ويغرم لمدعي الاصغر نصف قيمة الاكبر وان كذبه صار كعبد بين شريكين شهد أحدهما على صاحبه بالاعتاق وكذبه صاحبه لما علم في كتاب العتاق ولو ولدت جارية في يد انسان ثلاثة أولاد فادعى أحدهم فنقول لا يخلو اما ان ولدوا في بطن واحد واما أن ولدوا في بطون مختلفة ولا يخلو اما ان ادعى أحدهم بعينه واما ان ادعى أحدهم بغير عينه فان ولدوا في بطن واحد فادعى أحدهم بغير عينه فقال أحد هؤلاء ابني أو عين واحدا منهم فقال هذا ابني عتقوا وثبت نسب الكل منه لان من ضرورة ثبوت نسب أحدهم ثبوت نسب الباقين لانهم توأم علقوا من ماء واحد فلا يفصل بين البعض والبعض في النسب واذا ثبت نسبهم صارت الجارية أم ولد له هذا اذا ولدوا في بطن واحد واما اذا ولدوا في بطون مختلفة فقال الاكبر ولدي ثبت نسبه منه وصارت الجارية أم ولد له وهل يثبت نسب الاوسط والاصغر القياس أن يثبت وهو قول زفر رحمه الله ويكون حكمهما حكم الام وفي الاستحسان لا يثبت وجه القياس ظاهر لانه لما ثبت نسب الاكبر فقد صارت الجارية أم ولد له فكان الاوسط والاصغر ولد أم الولد وولد أم الولد يثبت نسبه من مولاها من غير دعوة ما لم يوجد النفي منه ولم يوجد وجه الاستحسان أن النفي فيه وان لم يوجد نصا فقد وجد دلالة وهو الاقدام على تخصيص أحدهم بالدعوة فان ذلك دليل نفي البواقي اذ لو لم يكن كذلك لم يكن لتخصيص البعض مع استواء الكل في استحقاق الدعوة معنى هذا اذا ادعى الاكبر فاما اذا ادعى الاوسط فهو حر ثابت النسب منه وصارت الجارية أم ولد له والاكبر رقيق لانه ولد على ملكه ولم يدعه أحد وهل يثبت نسب الاصغر فهو على ما ذكرنا من القياس والاستحسان هذا اذا ادعى الاوسط فاما اذا ادعى الاصغر فهو حر ثابت النسب والجارية أم ولد له والاكبر والاوسط رقيقان لما ذكرنا هذا اذا ادعى أحدهم بعينه فاما اذا ادعى بغير عينه فقال أحد هؤلاء ابني فان بين فالحكم فيه ما ذكرنا وان مات قبل البيان عتقت الجارية بلا شك لانه لما ادعى نسب أحدهم فقد أقر ان الجارية أم ولد له وأم الولد تعتق بموت السيد وأما حكم الاولاد في العتق فقد ذكرنا الاختلاف فيه بين أبي حنيفة وصاحبيه رضوان الله تعالى عليهم في كتاب العتاق عبد صغير بين اثنين أعتقه أحدهما ثم ادعاه الآخر ثبت نسبه منه عند أبي حنيفة رحمه الله ونصف ولائه للآخر وعندهما لا يثبت نسبه بناء على أن الاعتاق يتجزأ عنده فيبقى نصيب المدعي على ملكه فتصح دعوته فيه وعندهما لا يتجزأ و يعتق الكل فلم يبق للمدعي فيه ملك فلم تصح دعوته وان كان العبد كبيرا فكذلك عنده لما ذكرنا انه يبقى الملك له في نصيبه وعندهما ان صدقه العبد ثبت النسب والا فلا لانه عتق كله باعتاق البعض فلا بد من تصديقه ويخرج على الاصل الذي ذكرنا دعوة العبد المأذون ولد جارية من اكسابه انها تصح ويثبت نسب الولد منه لان ملك اليد ثابت له وانه كاف لثبات

النسب ولوادعى المضارب ولدجارية المضاربة لم تصح دعوته اذالم يكن فى المضارب ربح لانه لابد لثبات النسب من ملك ولاملك للمضارب أصلا لاملك الذات ولاملك اليد اذالم يكن فى المضاربة ربح ولوادعى ولدا من جارية لمولاه ليس من تجارته وادعى ان مولاها أحلها له أوزوجها منه لايثبت نسبه منه الابتصديق المولى لانه أجنبي عن ملك المولى لانعدام الملك له فيه أصلا فالتحق بسائر الاجانب الافى الحد فان كذبه المولى ثم عتق فملك الجارية بوجه من الوجوه نفذت دعوته لانه أقر بجهة مصححة للنسب لكن توقف نفاذه لحق المولى وقد زال ولوتزوج المأذون حرة أوأمة فوطئها ثبت النسب منه سواء كان النكاح باذن المولى أولا لان النسب ثبت بالنكاح صحيحا كان أوفاسدا وعلى هذا دعوة المكاتب ولدجارية منزا كسابه صحيحة لان ملك اليد والتصرف ثابت له كالمأذون واذا ثبت نسب الولد منه لم يجز بيع الولد ولابيع الجارية أما الولد فلانه مكاتب عليه ولايجوز بيع المكاتب وأما الأم فلانه له فيها حق ملك ينقلب ذلك الحق حقيقة عند الاداء فمنع من بيعها والعبد المسلم والذمى سواء فى دعوى النسب وكذا المكاتب المسلم والذمى لان الكفر لاينافى النسب ويستوى فى دعوته الاستيلاد وجود الملك وعدمه عند الدعوة بعدان كان العلوق فى الملك فان كان العلوق فى غير الملك كانت دعوته دعوة تحرير فيشترط قيام الملك عند الدعوة فان كان فى ملكه يصح وان كان فى ملك غيره لايصح الابشرط التصديق أوالبينة فنقول جملة الكلام فيه ان الدعوة نوعان دعوة الاستيلاد ودعوة تحرير فدعوة الاستيلاد هى ان يكون علوق المدعى فى ملك المدعى وهذه الدعوة تستند الى وقت العلوق وتتضمن الاقرار بالوطء فيتبين انه علق حرا ودعوة التحرير هوان يكون علوق المدعى فى غير ملك المدعى وهذه الدعوة تقتصر على الحال ولاتتضمن الاقرار بالوطء لعدم الملك وقت العلوق وبيان هذه الجملة فى مسائل اذاولدت جارية فى ملك رجل لستة أشهر فصاعدا فلم يدع الولد حتى باع الام والولد ثم ادعى الولد صحت دعوته ويثبت النسب منه وعتق وظهر أن الجارية أم ولد له ويبطل البيع فى الجارية وفى ولدها وهذا استحسان وفى القياس ان لاتصح دعوته ولايثبت النسب لعدم الملك وقت الدعوة وجه الاستحسان أن قيام الملك وقت الدعوة ليس بشرط لصحة هذه الدعوة بل الشرط أن يكون علوق الولد فى الملك لان هذه الدعوة تستند الى وقت العلوق فاذا كان علوق الولد فى ملك المدعى فقد ثبت له حق استحقاق النسب وانه لايحتمل البطلان كما لايحتمل حقيقة النسب فلم يبطل البيع وصحت دعوته وظهر ان الجارية كانت أم ولد فلم يصح بيعها وبيع ولدها فيردها وولدها ويرد الثمن ولولم يدعه البائع حتى خرج عن ملك المشترى بوجه من الوجوه ينظر ان كان ذلك يحتمل الفسخ يفسخ وان لم يحتمله لايفسخ الالضرورة فنقول بيانه اذا كان المشترى باع الولد أووهبه أورهنه أوآجره أوكاتبه فادعاه البائع نقض ذلك وثبت النسب لان هذه التصرفات مما يحتمل الفسخ والنقض وكذلك لوكان المشترى باع الام أوكاتبها أورهنها أوآجرها أوزوجها لما قلنا ولو كان أعتقها أوأعتق الولد لم تصح دعوة البائع لان العتق بعد ثبوته لايحتمل البطلان الالضرورة لانه يعقبه أثرا لايحتمل البطلان وهو الولاء وكذلك لومات الولد أوقتل لان الميت مستغن عن النسب وكذلك لوكان المشترى باع الولد فأعتقه المشترى أودبره أومات عبده لم تصح دعوة البائع لما قلنا ولوكان المشترى أعتق الام أودبرها دون الولد صحت دعوته فى الولد ولم تصح فى الام وفسخ البيع فى الولد ولايفسخ فى الام لان المانع من الفسخ خص الام ولاتصير الجارية أم ولد له لان أمومية الولد ليست من لوازم ثبات النسب بل تنفصل عنه فى الجملة كمن استولد جارية الغير بالنكاح ثبت نسب الولد منه ولاتصير الجارية أم ولد له للحال الاأن يملكها بوجه من الوجوه واذا فسخ البيع فى الولد يرد البائع من الثمن حصة الولد فيقسم الثمن على قدر قيمتهما فتعتبر قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد يوم الولادة لانه انما صار ولدا بالولادة فتعتبر قيمته يومئذ فيسقط قدر قيمة الام ويرد قدر قيمة الولد ولوكانت قطعت يد الولد عند المشترى وأخذ أرشها ثم ادعاه البائع ثبت نسبه وسلم الارش للمشترى لان هذه دعوة الاستيلاد وانما تستند الى

وقت

وقت العلوق ومن شأن المستند أن يثبت للحال أولا ثم يستند فيستدعى قيام المحل للحال لاستحالة ثبوت الحكم فى الهالك واليد المقطوعة هالكة فلا يمكن تصحيح الدعوة فيها بطريق الاستناد ويسقط عن البائع من الثمن حصة الولد لانه سلم البدل للمشترى وهو الارش ولو ماتت الام ثم ادعى البائع الولد صحت دعوته وثبت النسب لان محل النسب قائم وهو الولد وأمومية الولد ليست من لوازم ثبوت النسب لما تقدم فثبت نسب الولد وان لم تصر الجارية أم ولد له وهل يرد جميع الثمن عند أبى حنيفة نعم وعندهما لا يرد الا قدر قيمة الولد فتعتبر القيمتان ويقسم الثمن على قدر قيمتهما فما أصاب قيمة الام يسقط وما أصاب قيمة الولد يرد لانه ظهر أن الجارية أم ولده ومن باع أم ولده ثم هلكت عند المشترى لا تكون مضمونة عليه عنده وعندهما تكون مضمونة عليه ولقب المسئلة أن أم الولد غير متقومة من حيث انها مال عنده وعندهما متقومة وهى من مسائل العتاق وعلى هذا اذا باعها والحمل غير ظاهر فولدت فى يد المشترى لاقل من ستة أشهر فادعاه البائع وعلى هذا اذا حملت الجارية فى ملكه فباعها وهى حامل فولدت عند المشترى لاقل من ستة أشهر فادعاه البائع هذا اذا ولدت ولداً (فأما) اذا ولدت ولدين فى بطن واحد فادعى البائع فان ادعاهما ثبت نسب الولدين منه وهذا ظاهر وكذا اذا ادعى أحدهما صحت دعوته ولزمه الولدان جميعا لما مر أن التوأمين لا يحتملان الفصل فى النسب لانخلاقهما من ماء واحد فان ولدت أحدهما لاقل من ستة والآخر لاكثر من ستة أشهر فادعى احدهما ثبت نسبهما ويجعل كأنهما ولدتهما جميعا عند البائع لاقل من ستة أشهر لانهما كانا جميعا فى البطن وقت البيع ولو ولدتهما عند البائع فباع أحد الولدين مع الام ثم ادعى الولد الذى عنده ثبت نسبه ونسب الولد المبيع أيضا سواء كان المشترى ادعاه أو أعتقه لما ذكرنا أنهما لا يحتملان الفصل فى ثبات النسب فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر وكذلك لو ولدتهما عند المشترى فأعتق أحدهما ثم ادعى البائع الآخر ثبت نسبهما جميعا وينتقض العتق ضرورة فرقا بين الولد وبين الام انه لو كان أعتق الام فادعى البائع الولد لا ينتقض العتق فى الام وينتقض فى الولد لان العتق لا يحتمل الفسخ مقصوداً وانما يحتمله للضرورة وفى الولد ضرورة عدم الاحتمال للانفصال فى النسب ولا ضرورة فى الام لما ذكرنا أن أمومية الولد تنفصل عن اثبات النسب فى الجملة ولو قطعت يد أحد الولدين ثم ادعاهما البائع ثبت نسبهما وكان الارش للمشترى لا للبائع الا أن يقيم البائع البينة على الدعوة قبل البيع فتكون له لما ذكرنا أن ما ثبت بطريق الاستناد ثبت فى الحال ثم يستند فيستدعى قيام المحل للحال واليد المقطوعة هالكة فلا يظهر أثر الدعوة فيها ولو قتل أحدهما ثم ادعاهما البائع ثبت نسبهما وكانت قيمة المقتول لورثة المقتول لا للمشترى فرقا بين القتل والقطع (ووجه) الفرق أن محل حكم الدعوة مقصوداً هو النفس وانما يظهر فى الاطراف تبعا للنفس وبالقطع انقطعت التبعية فلا يظهر حكم الدعوة فيها فسلم الارش للمشترى ونفس كل واحد من التوأمين أصل فى حكم الدعوة فمتى صحت فى أحدهما تصح فى الآخر وان كان مقتولا ضرورة انه لا يتصور الفصل بينهما فى النسب ومتى صحت الدعوة استندت الى وقت العلوق لانها دعوة الاستيلاد فتبين انهما علقا حرين فكان ينبغى أن تجب الدية لورثة المقتول لا القيمة الا انه وجبت القيمة لان صحة هذه الدعوة بطريق الاستناد والمستند يكون ظاهراً من وجه مقتصراً على الحال من وجه فعملنا بالشبهين فأوجبنا القيمة عملا بشبه الاقتصار وجعلنا الواجب لورثة المقتول عملا بشبه الظهور عملا بالدليلين بقدر الامكان وكذلك لو أعتق المشترى أحدهما ثم قتل وترك ميراثا فأخذ ديته وميراثه بالولاء ثم ادعى البائع الولدين فانه يقضى بالحى وامه للبائع ويثبت نسب الولد المقتول منه ويأخذ الدية والميراث من المشترى لما قلنا هذا اذا ولدت فى يد المشترى لاقل من ستة أشهر من وقت البيع فان ولدت لستة أشهر فصاعدا لم تصح دعوة البائع الا أن يصدقه المشترى لانا لم نتيقن بالعلوق فى الملك فلم يمكن تصحيح هذه الدعوة دعوة استيلاد فتصحح دعوة تحرير ويشترط لصحة هذه الدعوة قيام الملك للمدعى وقت الدعوة ولم يوجد فلا تصح الا اذا صدقه المشترى فتصح لانه أقر بنسب عبد غيره وقد صدقه الغير فى ذلك فثبت نسبه ويكون عبداً لمولاه ولو

ادعى المشترى نسبه بعد تصديقه البائع لم يصح لما مر أن النسب متى ثبت لانسان فى زمان لا يتصور ثبوته من غيره بعد ذلك هذا كله اذا كانت الدعوى من البائع فان كانت من المشترى وقد ولدت لاقل من ستة أشهر صحت دعوته وثبت النسب لان هذه دعوة تحرير لا دعوة استيلاد لتيقننا ان العلوق لم يكن فى الملك فيستدعى قيام الملك وقت الدعوة وقد وجد فلو ادعاه البائع بعد ذلك لا تسمع دعوته لما مر أن اثبات نسب ولد واحد من اثنين على التعاقب يمتنع ولو ادعاه البائع والمشترى معاً فدعوة البائع أولى لان دعوته دعوة استيلاد لوقوع العلوق فى الملك وانها تستند الى وقت العلوق ودعوة المشترى دعوة تحرير لوقوع العلوق فى غير الملك بيقين وانها تقتصر على الحال والمستند أولى لانه سابق فى المعنى والاسبق أولى كرجلين ادعيا تلقى الملك من واحد وتاريخ أحدهما أسبق كان الاسبق أولى كذا هذا وعلى هذا اذا ولدت أمة رجل ولداً فى ملكه لستة أشهر فصاعداً فادعاه أبوه ثبت نسبه منه سواء ادعى شبهه أو لا صدقه الابن فى ذلك أو كذبه لان الاقرار بنسب الولد اقرار بوطء الجارية والاب اذا وطئ جارية ابنه من غير نكاح يصير متملكا اياها لحاجته الى نسب ولد يحيا به ذكره ولا يثبت النسب الا بالملك وللاب ولاية تملك مال ابنه عند حاجته اليه ألا ترى انه يتملك ماله عند حاجته الى الانفاق على نفسه كذا هذا الا أن هناك يتملك بغير عوض وهنا بعوض وهو قيمة الجارية لتفاوت بين الحاجتين اذ الحاجة هناك الى ابقاء النفس والحاجة هنا الى ابقاء الذكر والاسم والتملك بغير عوض أقوى من التملك بعوض لان ما قابله عوض كان تملكا صورة لا معنى وقد دفع الشارع كل حاجة بما يناسبها فدفع حاجة استيفاء المهجة بالتملك بغير بدل وحاجة استيفاء الذكر بالتملك ببدل رعاية للجانبين جانب الابن وجانب الاب وتصديق الابن ليس بشرط فسواء صدقه الابن فى الدعوى والاقرار أو كذبه يثبت النسب فرقا بين هذا وبين المولى اذا ادعى ولد أمة مكاتبه انه لا يثبت نسبه منه الا بتصديق المكاتب (ووجه) الفرق ظاهر لانه لا ولاية للمولى على مال المكاتب فكان أجنبيا عنه فوقعت الحاجة الى تصديقه وللاب ولاية على مال ابنه فلا يحتاج الى تصديقه لصحة هذه الدعوة لكن من شرط صحة هذه الدعوة كون الجارية فى ملك الابن من وقت العلوق الى وقت الدعوة حتى لو اشتراها الابن فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر فادعاه الاب لا تصح دعوته لانعدام الملك وقت العلوق وكذا لو باعها فجاءت بولد فى يد المشترى لاقل من ستة أشهر فادعاه الاب لم تصح لانعدام الملك وقت الدعوة وكذا لو كان العلوق فى ملكه وولدت فى ملكه وخرجت عن ملكه فيما بينهما لانقطاع الملك فيما بينهما ثم انما كان قيام الملك للابن فى الجارية من وقت العلوق الى وقت الدعوة شرطا لصحة هذه الدعوة لان الملك يثبت مستنداً الى زمان العلوق ولا يثبت الملك الا بالتملك ولا تملك الا بولاية التملك لان تملك مال الانسان عليه كرها وتنفيذ التصرف عليه جبرا لا يكون الا بالولاية فلا بد من قيام الولاية فاذا لم تكن الجارية فى ملكه من وقت العلوق الى وقت الدعوة لم تتم الولاية فلا يستند الملك وكذلك الاب لو كان كافراً أو عبداً فادعى لا تصح دعوته لان الكفر والرق ينفيان الولاية ولو كان كافراً فأسلم أو عبداً فأعتق فادعى نظر فى ذلك ان ولدت بعد الاسلام أو الاعتاق لاقل من ستة أشهر لم تصح دعوته لانعدام ولاية التملك وقت العلوق وان ولدت لستة فصاعداً صحت دعوته ويثبت النسب لقيام الولاية ولو كان معتوها فأفاق صحت دعوته استحسانا والقياس أن لا تصح لان الجنون مناف للولاية بمنزلة الكفر والرق (وجه) الاستحسان ان الجنون أمر عارض كالاغماء وكل عارض على أصل اذا زال يلتحق بالعدم من الاصل كأنه لم يكن كما لو أغمى عليه ثم أفاق ولو كان مرتداً فادعى ولد جارية ابنه فدعوته موقوفة عند أبى حنيفة لتوقف ولايته وعندهما صحيحة لنفاذ ولايته بناء على ان تصرفات المرتد موقوفة عنده وعندهما نافذة واذا ثبت الولد من الاب فنقول صارت الجارية أم ولد ولا عقر عليه عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله تعالى وعند زفر والشافعى رحمهما الله يجب عليه العقر (وجه) قولهما أن الملك ثبت شرطا لصحة الاستيلاد والاستيلاد ايلاج منزل معلق فكان الفعل قبل الانزال خاليا عن الملك فيوجب العقر ولهذا يوجب نصف العقر فى الجارية المشتركة بين الاجنبيين اذا جاءت بولد فادعاه أحدهما لان

الوطء فى نصيب شريكه حصل فى غير الملك فيوجب نصف العقر (ولنا) أن الايلاج المنزل المعلق من أوله الى آخر ايلاج واحد فكان من أوله الى آخره استيلاداً فلا بد وأن يتقدمه الملك أو يقارنه على جارية مملوكة لنفسه فلا عقر بخلاف الجارية المشتركة لان ثمة لم يكن نصيب الشريك شرطاً لصحة الاستيلاد وثبات النسب لان نصف الجارية ملكه وقيام أصل الملك يكفى لذلك وانما يثبت حكماً ثابتاً فى نصيبه قضية للنسب ضرورة انه لا يتجزأ وحكم الشىء لا يسبقه بل يتعقبه فوطء المدعى صادف نصيبه ونصيب شريكه ولا ملك له فى نصيب شريكه والوطء فى غير الملك يوجب الحد الا انه سقط للشبهة فوجب العقر وهنا التملك ثبت شرطاً لثبوت النسب وصحة الاستيلاد وشرط الشىء يكون سابقاً عليه أو مقارناً له فالوطء صادف ملك نفسه فلا يوجب العقر ولا يضمن قيمة الولد أيضاً لانه علق حراً وان كانت الجارية مملوكة لا ولاء عليه لان ذلك حكم الاعتاق فيستدعى تقدم الرق ولم يوجد ودعوة الجد أبى الاب ولد جارية ابن الابن بمنزلة دعوة الاب عند انعدامه أو عند انعدام ولايته (فأما) عند قيام ولايته فلا حتى لو كان الجد نصرانياً وحافده مثله والاب مسلم لم تصح دعوة الجد لقيام ولاية الاب وان كان الاب ميتاً أو كان كافراً أو عبداً تصح دعوة الجد لانقطاع ولاية الاب وكذا اذا كان الاب معتوهاً من وقت العلوق الى وقت الدعوة صحت دعوة الجد لما قلنا فان أفاق ثم ادعى الجد لم تصح دعوته لانه لما أفاق فقد التحق العارض بالعدم من الاصل فعادت ولاية الاب فسقطت ولاية الجد ولو كان الاب مرتداً فدعوة الجد موقوفة عند أبى حنيفة رحمه الله فان قتل على الردة أو مات صحت دعوة الجد وان أسلم لم تصح لتوقف ولايته عنده كتوقف تصرفاته وعندهما لا تصح دعوة الجد لان تصرفاته عندهما نافذة فكانت ولايته قائمة هذا اذا وطئ الاب جارية الابن من غير نكاح (فأما) اذا وطئها بالنكاح ثبت النسب من غير دعوة سواء وطئها بنكاح صحيح أو فاسد لان النكاح يوجب الفراش بنفسه صحيحاً كان أو فاسداً ولا يتملك الجارية لانه وطئها على ملك الابن بعقد النكاح وعند الشافعى رحمه الله لا يجوز هذا النكاح لما علم فى كتاب النكاح ويعتق الولد على أخيه بالقرابة لان النسب انما يثبت بعقد النكاح لا بملك اليمين فبقيت الجارية على ملك الابن وقد ملك الابن أخاه فيعتق عليه فان ملك الاب الجارية بوجه من الوجوه صارت أم ولد له لوجود سبب أمومية الولد وهو ثبات النسب الا انه توقف حكمه على وجود الملك فاذا ملكها صارت أم ولد له هذا كله اذا ادعى الاب ولد جارية ابنه فأما اذا ادعى ولد أم ولده أو مدبرته بأن جاءت بولد فنفاه الابن حتى انتفى نسبه منه ثم ادعاه الاب لم يثبت نسبه منه فى ظاهر الرواية وعليه نصف العقر وروى عن أبى يوسف رحمه الله انه فرق بين ولد أم الولد وبين ولد المدبرة فقال لا يثبت نسب ولد أم الولد ويثبت نسب ولد المدبر من الاب وعليه قيمة الولد والعقر والولاء للابن (وجه) هذه الرواية أن اثبات النسب لا يقف على ملك الجارية لا محالة فان نسب ولد الامة المنكوحة يثبت من الزوج والامة ملك المولى (وأما) القيمة فلانه ولد ثابت النسب علق حراً فأشبه ولد المغرور فيكون حراً بالقيمة والولاء للابن لانه استحقه بالتدبير وانه لا يحتمل الفسخ بعد الاستحقاق بخلاف ولد أم الولد لان أم الولد فراش لمولاها فكان الولد مولوداً على فراش الابن والمولود على فراش انسان لا يثبت نسبه من غيره وان انتفى عنه بالنفى كما فى اللعان والصحيح جواب ظاهر الرواية لان النسب لا يثبت الا بالملك وأم الولد والمدبرة لا يحتملان التملك ويضمن العقر لانه اذا لم يتملكها فقد حصل الوطء فى غير الملك وقد سقط الحد للشبهة فيجب العقر هذا اذا لم يصدقه الابن فى الدعوى بعد ما نفاه فان صدقه ثبت النسب بالاجماع لان نسب ولد جارية الاجنبى يثبت من المدعى بتصديقه فى النسب فنسب ولد جارية الابن أولى ويعتق على الابن لان أخاه ملكه وولاؤه له لان الولاء لمن أعتق ولو ادعى ولد مكاتبة ابنه لم يثبت نسبه منه لان النسب لا يثبت بدون الملك والمكاتبة لا تحتمل التملك فلا تصح دعوته الا اذا عجزت فتنفذ دعوته لانها اذا عجزت فقد عادت قناً وجعل المعارض كالعدم من الاصل فصار كالو ادعى قبل الكتابة والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يظهر به النسب فالنسب يظهر بالدعوة مرة وبالبينة أخرى أما ظهور النسب بالدعوة فيستدعى شرائط صحة الدعوة والاقرار بالنسب وسنذكره فى كتاب الاقرار الا أنه قد يظهر بنفس الدعوة وقد لا يظهر الا بشريطة التصديق فنقول جملة الكلام فيه ان المدعى نسبه اما أن يكون فى يد نفسه واما أن لا يكون فان كان فى يد نفسه لا يثبت نسبه من المدعى الا اذا صدقه لانه اذا كان فى يد نفسه فاقراره يتضمن ابطال يده فلا تبطل الا برضاه وان لم يكن فى يد نفسه فاما أن يكون مملوكا وأما ان لم يكن فان كان مملوكا يثبت نسبه بنفس الدعوة اذا كان فى ملك المدعى وقت الدعوة وان كان فى ملك غيره عند الدعوة فان كان علوقه فى ملك المدعى ثبت نسبه بنفس الدعوة أيضا وان لم يكن علوقه فى ملكه لا يثبت نسبه الا بتصديق المالك على ماذكرنا وان لم يكن مملوكا فاما ان لم يكن فى يد أحد لا فى يد غيره ولا فى يد نفسه كالصبى المنبوذ واما ان كان فى يد أحد كاللقيط فان لم يكن فى يد أحد ثبت نسبه بنفس الدعوة استحسانا والقياس أن لا يثبت (وجه) القياس انه ادعى أمرا جائز الوجود والعدم فلا بد لترجيح أحد الجانبين من مرجح ولم يوجد فلم تصح الدعوة (وجه) الاستحسان انه عاقل أخبر بما هو محتمل الثبوت وكل عاقل أخبر بما يحتمل الثبوت يجب تصديقه تحسينا للظن به وهو الاصل الا اذا كان فى تصديقه ضرر بالغير وهنا فى التصديق نظر من الجانبين جانب اللقيط بالوصول الى شرف النسب والحضانة والتربية وجانب المدعى بولد يستعين به على مصالحه الدينية والدنيوية وتصديق العاقل فى دعوى ما ينتفع به ولا يتضرر غيره به واجب ولو ادعاه رجلان ثبت نسبه منهما عندنا وعند الشافعى رحمه الله لا يثبت الا من أحدهما ويتعين بقبول القافة على ماذكرنا ولو ادعاه أكثر من رجلين فعند أبى حنيفة رحمه الله يثبت نسبه من خمسة وعند أبى يوسف رحمه الله من اثنين وعند محمد رحمه الله من ثلاثة وقد مرت المسئلة ولو ادعته امرأتان صحت دعوتهما عند أبى حنيفة وعندهما لا تصح وسنذكر الحجج من بعد ان شاء الله تعالى هذا اذا لم يكن فى يد أحد فان كان وهو اللقيط ثبت نسبه من الملتقط بنفس الدعوة استحسانا والقياس أن لا يثبت الا بالبينة وقد ذكرنا وجههما فيما تقدم وكذا من الخارج صدقه الملتقط فى ذلك أولا استحسانا والقياس أن لا يثبت اذا كذبه (وجه) القياس أن هذا اقرار تضمن ابطال يد الملتقط لان يده عليه ثابتة حقيقة وشرعا حتى لو أراد غيره أن ينزعه من يده جبرا ليحفظه ليس له ذلك والاقرار اذا تضمن ابطال الغير لا يصح وجه الاستحسان ان يد المدعى أنفع للصبى من يد الملتقط لانه يقوم بحضانته وتربيته ويتشرف بالنسب فكان المدعى به أولى وسواء كان المدعى مسلما أو ذميا استحسانا والقياس أن لا تصح دعوة الذمى (ووجهه) أنا لو صححنا دعوته وأثبتنا نسب الولد منه للزمنا استتباعه فى دينه وهذا يضر فلا تصح دعوته وجه الاستحسان أنه ادعى أمرين ينفصل أحدهما عن الآخر فى الجملة وهو النسب والتبعية فى الدين إذ ليس من ضرورة كون الولد منه أن يكون على دينه الا يرى أنه لو أسلمت أمه يحكم باسلامه وان كان أبوه كافرا فيصدق فيما ينفعه ولا يصدق فيما يضره ويكون مسلما وذكر فى النوادر أن من التقط لقيطا فادعاه نصرانى فهو ابنه ثم ان كان عليه زى المسلمين فهو مسلم وان كان عليه زى الشرك بان يكون فى رقبته صليب ونحو ذلك فهو على دين النصارى هذا اذا أقر الذمى أنه ابنه فان أقام البينة على ذلك فان كان الشهود من أهل الذمة لا تقبل شهادتهم فى استتباع الولد فى دينه لان هذه شهادة تضمنت ابطال يد المسلم وهو الملتقط فكانت شهادة على المسلم فلا تقبل وان كانوا من المسلمين تقبل ويكون الولد على دينه فرقا بين الاقرار وبين البينة وذلك أنه متهم فى اقراره ولا تهمة فى الشهادة وسواء كان المدعى حرا أو عبدا لانه ادعى شيئين أحدهما يحتمل الفصل على الآخر وهو النسب والرق فيصدق فيما ينفعه ولا يصدق فيما يضره ولو ادعاه الخارج والملتقط معا فالملتقط أولى لاستوائهما فى الدعوة وتبع الصبى فترجح باليد فان سبقت دعوة الملتقط لا تسمع دعوة الخارج لانه ثبت نسبه منه فلا يتصور ثبوته من غيره بعد ذلك الا أن يقيم البينة لان الدعوة لا تعارض البينة ولو ادعاه خارجان فان كان

أحدهما مسلماً والآخر ذمياً فالمسلم أولى لانه يتبعه في الاسلام فكان أنفع للصبي وكذا اذا ادعته مسلمة وذمية فالمسلمة أولى ولو شهد للذمي مسلمان وللمسلم ذميان فهو للمسلم لان الحجتين وان تعارضتا فاسلام المدعي كاف للترجيح ولو كان أحدهما حراً والآخر عبداً فالحر أولى لانه أنفع للقيط وان كانا حرين مسلمين فان ذكر أحدهما علامة في بدن اللقيط ولم يذكر الآخر فوافقت دعوته العلامة فصاحبها أولى لرجحان دعواها بالعلامة لان الشرع ورد بالترجيح بالعلامة في الجملة قال الله تبارك وتعالى في قصة سيدنا يوسف عليه أفضل التحية وشهد شاهد من أهلها ان كان قميصه قد من قبل فصدقت وهو من الكاذبين وان كان قميصه قد من دبر فكذبت وهو من الصادقين فلما رأى قميصه قد من دبر قال انه من كيدكن ان كيدكن عظيم جعل قد القميص من خلف دليل مراودتها اياه لما أن ذلك علامة جذبها اياه الى نفسها والقد من قدام علامة دفعها اياه عن نفسها وكذلك قال أصحابنا في لؤلئي ودباغ في حانوت واحد هو في أيديهما فيه لؤلؤ واهاب فتنازعا أنه فيهما يقضى باللؤلؤ للؤلئي وبالاهاب للدباغ لان الظاهر يشهد باللؤلؤ للؤلئي وبالاهاب للدباغ وكذلك قالوا في الزوجين اختلفا في متاع البيت أن ما يكون للرجال يجعل في يد الزوج وما يكون للنساء يجعل في يدها ونحو ذلك من المسائل بناء على ظاهر الحال وغالب الامر كذا هذا فان ادعى أحدهما علامات في هذا اللقيط فوافق البعض وخالف البعض ذكر الكرخي رحمه الله أنه يثبت نسبه منهما لانه وقع التعارض في العلامات فسقط الترجيح بها كان سكت عن ذكر العلامة رأساً وان لم يذكر أحدهما علامة أصلا ولكن لاحدهما بينة فانه يقضى له لان الدعوة لا تعارض البينة وان لم يكن لاحدهما بينة ثبت نسبه منهما جميعا وهذا عندنا لاستوائهما في الدعوة وعند الشافعي رحمه الله لا يثبت نسبه الا من أحدهما ويتعين بقول القافة على ما ذكرنا والكلام مع الشافعي رحمه الله تقدم ولو كان المدعي أكثر من رجلين فهو على الخلاف الذي ذكرناه في الجارية المشتركة ولو قال أحد المدعيين هو ابني وهو غلام فاذا هو جارية لم يصدق لانه ظهر كذبه بيقين ولو قال أحدهما هو ابني وقال الآخر هو ابنتي فاذا هو خنثى يحكم مباله فان كان يبول من مبال الرجال فهو ابن مدعي البنوة وان كان يبول من مبال النساء فهي ابنة مدعي البنتية وان كان يبول منهما جميعاً يعتبر السبق فان استويا في السبق فهو مشكل عند أبي حنيفة وعندهما تعتبر كثرة البول فان استويا في ذلك فهو مشكل لان هذا حكم الخنثى وينبغي أن يثبت نسبه منهما جميعاً ولو قال الملتقط هو ابني من زوجتي هذه فصدقته فهو ابنهما حرة كانت أو أمة غير انها ان كانت حرة كان الابن حراً بالاجماع وان كانت أمة كان ملكا لمولى الامة عند أبي يوسف وعند محمد يكون حراً وجه قول محمد أن نسبه وان ثبت من الامة لكن في جعله تبعا لها في الرق مضرة بالصبي وفي جعله حرا منفعة له فيتبعها فيما ينفعه ولا يتبعها فيما يضره كالذمي اذا ادعى نسب لقيط ثبت نسبه منه لكن لا يتبعه فيما يضره وهو دينه لما قلنا كذا هذا وجه قول أبي يوسف ان الاصل أن الولد يتبع الام في الرق والحرية فكان من ضرورة ثبوت النسب منها أن يكون رقيقا والرق وان كان يضره فهو ضرر يلحقه ضرورة غيره فلا يعتبر ولو ادعته امرأة أنه ابنها وهي حرة أو أمة ذكر في الاصل انها لا تصدق على ذلك حتى تقيم البينة انها ولدته وان أقامت امرأة واحدة على الولادة قبلت اذا كانت حرة عدلة أطلق الجواب في الاصل ولم يفصل بين ما اذا كان لها زوج أم لا منهم من حمل هذا الجواب على ما اذا كان لها زوج لانه اذا كان لها زوج كان في تصحيح دعوتها حمل النسب على الغير فلا تصح الا بالبينة أو بتصديق الزوج فاما اذا لم يكن لها زوج فلا يتحقق معنى التحميل فيصح من غير بينة ومنهم من حقق جواب الكتاب وأجرى رواية الاصل على اطلاقها وفرق بين الرجل والمرأة فقال يثبت نسبه من الرجل بنفس الدعوة ولا يثبت نسبه منها الا ببينة ووجه الفرق أن النسب في جانب الرجال يثبت بالفراش وفي جانب النساء يثبت بالولادة ولا تثبت الولادة الا بدليل وأدنى الدلائل عليها شهادة القابلة ولو ادعته امرأتان فهو ابنهما عند أبي حنيفة وكذا اذا كن خمسا عنده وعندهما لا يثبت نسب الولد من المرأتين أصلا وجه قولهما أن النسب في جانب النساء يثبت بالولادة وولادة ولد

واحد من امرأتين لا يتصور فلا يتصور ثبوت النسب منهما بخلاف الرجال لان النسب في جانبهم يثبت بالفراش ولابي حنيفة أن سبب ظهور النسب هو الدعوة وقد وجدت من كل واحدة منهما وماقالا ان الحكم في جانبهن متعلق بالولادة فنعم لكن في موضع أمكن وهنا لا يمكن فتعلق بالدعوة وقد ادعياه جميعا فيثبت نسبه منهما وعلى هذا لو ادعاه رجل وامرأتان يثبت نسبه من الكل عنده وعندهما يثبت من الرجل لا غير ولو ادعاه رجلان وامرأتان كل رجل يدعى أنه ابنه من هذه المرأة والمرأة صدقته فهو ابن الرجلين والمرأتين عند أبي حنيفة وعندهما ابن الرجلين لا غير وأما ظهور النسب بالبينة فنقول وبالله التوفيق البينة يظهر بها النسب مرة ويتأكد ظهوره أخرى فكل نسب يجوز ثبوته من المدعى اذا لم يحتمل الظهور بالدعوة أصلا لا بنفسها ولا بقرينة التصديق بان كان فيه حمل النسب على الغير ونحو ذلك يظهر بالبينة وكذا اما احتمل الظهور بالدعوة لكن بقرينة التصديق اذا انعدم التصديق وظهر أيضا بالبينة وكل نسب يحتمل الظهور بنفس الدعوة يتأكد ظهوره بالبينة كما اذا ادعى اللقيط رجل الملتقط أو غيره وثبت نسبه من المدعى ثم ادعاه رجل آخر وأقام البينة يقضى له لان النسب وان ظهر بنفس الدعوة لكنه غير مؤكد فاحتمل البطلان بالبينة وكذا لو ادعاه رجلان معاً ثم أقام أحدهما البينة فصاحب البينة أولى لما قلنا واذا تعارضت البينتان في النسب فالاصل فيه ماذكرنا في تعارض البينتين على الملك أنه ان أمكن ترجيح احداهما على الاخرى يعمل بالراجح وان تعذر الترجيح يعمل بهما الا أن هناك اذا تعذر الترجيح يعمل بكل واحدة منهما من وجه بقدر الامكان وهنا يعمل بكل واحدة منهما من كل وجه ويثبت النسب من كل واحد من المدعيين لامكان اثبات النسب لولد واحد من اثنين على الكمال واستحالة كون الشيء الواحد مملوكا لاثنين على الكمال في زمان واحد اذا عرفنا هذا فنقول جملة الكلام فيه أن تعارض البينتين اما ان يكون بين الخارج وبين ذي اليد واما ان يكون بين الخارجين وبين ذي اليد فان كان بين الخارج وذي اليد فبينة ذي اليد أولى لانهما استويا في البينة فيرجح صاحب اليد باليد وان كان بين الخارجين وبين ذي اليد فان أمكن ترجيح أحدهما بوجه من الوجوه من الاسلام والحرية والعلامة واليد وقوة الفراش وغير ذلك من أسباب الترجيح يعمل بالراجح وان استويا يعمل بهما ويثبت النسب منهما وعلى هذا اذا ادعى أحدهما أن اللقيط ابنه وادعى الآخر انه عبده يقضى للذى ادعى أنه ابنه لانه يدعى الحرية والآخر يدعى الرق فبينة الحرية أقوى وكذلك لو أقام أحدهما البينة انه ابنه من هذه الحرة وأقام الآخر البينة انه ابنه من هذه الامة فهو ابن الحر والحرة لما قلنا ولو أقام كل واحد منهما البينة انه ابنه من امرأة حرة فهو ابن الرجلين وابن المرأتين على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما ابن الرجلين لا غير لما مر ولو ادعاه رجلان ووقتت بينة كل واحد منهما فان استوى الوقتان ثبت النسب منهما لاستواء البينتين ولو كان وقت احداهما أسبق يحكم سن الصبي فيعمل عليه لانه حكم عدل فان أشكل سنه فعلى قياس قول أبي حنيفة يقضى لاسبقهما وقتا وعندهما يقضى لهما وجه قولهما أنه اذا أشكل السن سقط اعتبار التاريخ أصلا كانهما سكتا عنه ولابي حنيفة رحمه الله انه اذا أشكل السن لم يصلح حكما فبقى الحكم للتاريخ فيرجح الاسبق ولو ادعى رجل أن اللقيط ابنه وأقام البينة وادعت المرأة انه ابنها واقامت البينة فهو بينهما لعدم التنافى بين ثبوت نسبه منهما كما اذا ادعاه رجلان بل أولى وعلى هذا غلام قد احتلم ادعى على رجل وامرأة انه ابنهما وأقام البينة وادعى رجل آخر وامرأته أن الغلام ابنهما وأقاما البينة ثبت نسب الغلام من الاب والام الذى ادعاه الغلام أنه ابنهما ويبطل النسب الذى أنكره الغلام لان البينتين تعارضتا وترجحت بينة الغلام بيده اذ هو في يد نفسه كالخارجين اذا أقاما البينة ولاحدهما يد كان صاحب اليد أولى كذا هنا وكذلك لو كان الغلام نصرانيا فأقام بينة من المسلمين على رجل نصرانى وامرأة نصرانية وادعاه مسلم ومسلمة فبينة الغلام أولى ولا تترجح بينة المدعى المسلم لانه لا يد له وان كان مسلماً وان كان بينة الغلام من النصارى يقضى بالغلام للمسلم والمسلمة لان شهادة الكافر على المسلم غير مقبولة فالتحقت بالعدم فبقى بمجرد الدعوة فلا تعارض البينة ويجبر الغلام على الاسلام غلام في

يد انسان ادعى صاحب اليد أنه ابنه وولدته أمته هذه فى ملكه وأقام البينة على ذلك وادعى خارج أن الغلام ابنه ولدته الامة فى ملكه وأقام البينة فان كان الغلام صغيرا لا يتكلم يقضى به لصاحب اليد لاستوائهما فى البينة فيرجح صاحب اليد باليد كما فى النكاح وان كان كبيراً يتكلم فقال أنا ابن الآخر يقضى بالامة والغلام للخارج لان الغلام اذا كان كبيرا يتكلم فى يد نفسه فالبينة التى يدعيها الغلام أولى وكذلك لو كان الغلام ولد حرة وهما فى يد رجل فأقام صاحب اليد البينة على انه ولد على فراشه والغلام يتكلم ويدعى ذلك وأقام الخارج البينة على ملكه يقضى بالمرأة وبالولد للذى هما فى يده لما قلنا وان كان الذى فى يده من أهل الذمة والمرأة ذمية وأقام شهودا مسلمين يقضى بالمرأة والولد للذى هما فى يده لان شهادة المسلمين حجة مطلقة ولو أقام الخارج البينة على انه تزوجها فى وقت كذا وأقام الذى فى يده البينة على وقت دونه يقضى للخارج لانه اذا ثبت سبق أحد النكاحين كان المتأخر منهما فاسداً فالبينة القائمة على النكاح الصحيح أقوى فكانت أولى وعلى هذا غلام قد احتلم ادعى انه ابن فلان ولدته أمته فلانة على فراشه وذلك الرجل يقول هو عبدى ولد أمتى التى زوجتها عبدى فلانا فولدت هذا الغلام منه والعبد حى يدعى ذلك فهو ابن العبد لانه تعارض الفراشان فراش النكاح وفراش الملك وفراش النكاح أقوى لانه لا ينتفى الا باللعان وفراش الملك ينتفى بمجرد النفى فكان فراش النكاح أقوى فكان أولى ولو ادعى الغلام انه ابن العبد من هذه الامة فأقر العبد بذلك وقامت عليه البينة وادعى المولى انه ابنه فهو ابن العبد لما قلنا ويعتق لانه ادعى نسبه والاقرار بالنسب يتضمن الاقرار بالحرية فان لم يعمل فى النسب يعمل فى الحرية وكذلك لو مات الرجل وترك مالا فأقام الغلام البينة انه ابن الميت من أمته وأقام الآخر البينة انه عبده ولدته أمته من زوجها فلان والزوج عبده أيضاً والعبد حى يدعى ذلك يقضى له بالنسب لانه يدعى فراش النكاح وانه أقوى فان كان العبد ميتا ثبت نسب الغلام من الحر وورث منه لان بينة الغلام خلت عن المعارض لانعدام الدعوة من العبد فيجب العمل بها والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما صفة النسب الثابت فالنسب فى جانب النساء اذا ثبت يلزم حتى لا يحتمل النفى أصلا لانه فى جانبهن يثبت بالولادة ولا مرد لها (وأما) فى جانب الرجال فنوعان نوع يحتمل النفى ونوع لا يحتمله أما ما يحتمل النفى فنوعان (نوع) ينتفى بنفس النفى من غير لعان ونوع لا ينتفى بنفس النفى بل بواسطة اللعان (أما الذى) ينتفى بنفس النفى فهو نسب ولد أم الولد لان فراش أم الولد ضعيف لانه غير لازم حتى احتمل النقل الى غيره بالتزويج فاحتمل الانتفاء بنفس النفى من غير الحاجة الى اللعان (وأما) الذى لا ينتفى بمجرد النفى فهو نسب ولد زوجة يجرى بينهما اللعان وهو ان يكون الزوجان حرين مسلمين عاقلين بالغين غير محدودين فى القذف على ماذكرنا فى كتاب اللعان لان فراش النكاح لازم لا يحتمل النقل فكان قوياً فلا يحتمل الانتفاء بنفس النفى ما لم ينضم اليه اللعان ولهذا اذا كان العلوق بنكاح فاسد أو شبهة نكاح لا ينتفى نسب الولد بالنفى لان الانتفاء بواسطة اللعان ولا لعان فى النكاح الفاسد لانعدام الزوجية حقيقة لما علم فى كتاب اللعان والله تعالى أعلم (وأما الذى) لا يحتمل النفى فهو نسب ولد زوجة لا يجرى بينهما اللعان فاذا كان الزوجان ممن لا لعان بينهما لا ينتفى نسب الولد بالنفى وكذا النسب بعد الاقرار به لا يحتمل النفى لان النفى يكون انكاراً بعد الاقرار فلا يسمع الا ان الاقرار نوعان نص ودلالة لما ذكرنا فى كتاب اللعان

﴿ فصل ﴾ وأما حكم تعارض الدعوتين لا غير أما حكمه فى النسب فقد مر ذكره فى أثناء مسائل النسب وأما حكمه فى الملك فالكلام فيه فى موضعين (أحدهما) فى حكم تعارض الدعوتين فى أصل الملك والثانى فى قدر الملك أما الاول فسبيل تعارض الدعوتين فى أصل الملك ما هو سبيل تعارض البينتين فيه من طلب الترجيح والعمل بالراجح عند الامكان وعند تعذر العمل بهما بقدر الامكان تصحيحاً للدعوتين بالقدر الممكن وبيان ذلك فى مسائل رجلان ادعيا دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فهى للراكب لانه مستعمل للدابة فكانت فى يده (وكذلك) اذا

كان لاحدهما عليه حمل وللآخر عليه كور معلق أو مخلاة معلقة فصاحب الحمل أولى لما قلنا ولو كانا جميعا راكبين
لكن أحدهما فى السرج والآخر رديفه فهى لهما فى ظاهر الرواية (وروى) عن أبى يوسف رحمه الله انها لراكب
السرج لقوة يده (وجه) ظاهر الرواية انهما جميعاً استويا فى أصل الاستعمال فكانت الدابة فى أيديهما فكانت
لهما ولو كانا جميعاً راكبين فى السرج فهى لهما اجماعاً لاستوائهما فى الاستعمال ولو ادعيا عبداً صغيراً لا يعبر
عن نفسه وهو فى أيديهما فهو بينهما لانه اذا كان لا يعبر عن نفسه كان بمنزلة العروض والبهائم فتبقى اليد عليه ألا ترى انه
لو ادعى صبياً صغيراً مجهول النسب فى يده انه عبده ثم كبر الصبى فادعى الحرية فالقول قول صاحب اليد ولا تسمع
دعوى الحرية الا ببينة لانه كان فى يده وقت الدعوة فلا تزول يده عنه الا بدليل (وبمثله) لو ادعى غلاما كبيراً انه
عبده وقال الغلام أنا حر فالقول قول الغلام لانه ادعاه فى حال هو فى يد نفسه فكان القول قوله ولو ادعيا عبداً
كبيراً فقال العبد أنا عبد لاحدهما فهو بينهما ولا يصدق العبد فى ذلك وكذا اذا كان العبد فى يد رجل فاقر انه لرجل
آخر فالقول قول صاحب اليد ولا يصدق العبد فى اقراره انه لغيره لان اقراره بالرق اقرار بسقوط يده عن نفسه فكان
فى يد صاحب اليد فلا يسمع قوله انه لغيره لان العبد لا قول له ولو قال كنت عبد فلان فاعتقنى وأنا حر فكذلك عند
أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وروى عن أبى يوسف ان القول قول العبد ويحكم بحريته لان العبد متمسك بالاصل اذ
الحرية أصل فى بنى آدم فكان الظاهر شاهداً له فالصحيح جواب ظاهر الرواية لانه لما أقر انه كان عبداً فقد أقر بزوال
حكم الاصل وثبوت العارض وهو الرق منه فصار الرق فيه هو الاصل فكان الظاهر شاهداً له ولو ادعيا ثوبا
وأحدهما لابسه والآخر متعلق بذيله فاللابس أولى لانه مستعمل للثوب (ولو ادعيا) بساطاً وأحدهما جالس
عليه والآخر متعلق به فهو بينهما ولا يكون الجالس بجلوسه والنوم عليه أولى لاستوائهما فى اليد عليه (ولو ادعيا)
داراً وأحدهما ساكن فيها فهى للساكن (وكذلك) لو كان أحدهما أحدث فيها شيئاً من بناء أو حفر فهى لصاحب
البناء والحفر لان سكنى الدار واحداث البناء والحفر تصرف فى الدار فكانت فى يده ولو لم يكن شىء من ذلك
ولكن أحدهما داخل فيها والآخر خارج منها فهى بينهما (وكذا) اذا كانا جميعاً فيها لان اليد على العقار لا تثبت
بالكون فيه وانما تثبت بالتصرف فيه ولو وجد خياط يخيط ثوباً فى دار انسان فاختلفا فى الثوب فالقول لصاحب
الدار لان الثوب وان كان فى يد الخياط صورة فهو فى يد صاحب الدار معنى لان الخياط وما فى يده فى داره والدار فى يده
فما فيها يكون فى يده (حمال) خرج من دار رجل وعلى عاتقه متاع فان كان ذلك الحامل يعرف ببيع ذلك وحمله
فهو له لان الظاهر شاهد له وان كان يعرف بذلك فهو لصاحب الدار لان الظاهر شاهد له (وكذلك) حمال عليه كارة
وهو فى دار بزاز اختلفا فى الكارة فان كانت الكارة مما يحمل فيها فالقول قول الحمال لان الظاهر شاهد له وان كانت مما
لا يحمل فيها فالقول قول صاحب الدار لان الظاهر شاهد له رجل اصطاد طائراً فى دار رجل فاختلفا فيه فان اتفقا
على انه على أصل الاباحة لم يستول عليه قط فهو للصائد سواء اصطاده من الهواء أو من الشجر أو الحائط لانه الآخذ
دون صاحب الدار اذ الصيد لا يصير مأخوذاً بكونه على حائط او شجرة وقد قال عليه الصلاة والسلام الصيد
لمن أخذه وان اختلفا فقال صاحب الدار اصطدته قبلك أو ورثته وأنكر الصائد فانه ينظر ان أخذه من الهواء
فهو له لانه الآخذ اذ لا يد لاحد على الهواء وان أخذه من جداره أو شجره فهو لصاحب الدار لان الجدار
والشجر فى يده وكذلك ان اختلفا فى أخذه من الهواء أو من الجدار فالقول قول صاحب الدار لان الاصل ان
ما فى دار انسان يكون فى يده هكذا روى عن أبى يوسف مسألة للصيد على هذا الفصل ولو ادعيا وأحدهما
ساكن فيها فهى للساكن فيها وكذا لو كان احدث فيها شيئاً من بناء أو حفر فهى لصاحب البناء والحفر لان
سكنى الدار واحداث البناء والحفر تصرف فى الدار فكانت فى يده ولو لم يكن شىء من ذلك ولكن أحدهما
داخل فيها والآخر خارج منها فهى بينهما وكذا لو كانا جميعاً فيها لان اليد على العقار لا تثبت بالكون فيها وانما

تثبت بالتصرف فيها ولم يوجد ولو ادعيا حائطاً من دارين ولاحدهما عليه جذوع فهو له لانه مستعمل للحائط. ولو كان لكل واحد منهما جذوع فان كانت ثلاثة أو أكثر فهي بينهما نصفان سواء استوت جذوع كل واحد منهما أو كانت لاحدهما أكثر بعد ان كان لكل واحد منهما ثلاثة جذوع لانهما استويا في استعمال الحائط فاستويا في ثبوت اليد عليه ولو أراد صاحب البيت ان يتبرع على الآخر بما زاد على الثلاثة ليس له ذلك لكن يقال له زد أنت أيضاً الى تمام عدد خشب صاحبك ان أطاق الحائط حملها والا فليس لك الزيادة ولا النزع ولو كان لاحدهما ثلاثة جذوع وللآخر جذع أو جذعان فالقياس ان يكون الحائط بينهما نصفين وفي الاستحسان لا يكون (وجه) القياس ان زيادة الاستعمال بكثرة الجذوع زيادة من جنس الحجة والزيادة من جنس الحجة لا يقع بها الترجيح ألا ترى انه لو كان لاحدهما ثلاثة وللآخر أربعة كان الحائط بينهما نصفين وان كان استعمال أحدهما أكثر دل ان المعتبر أصل الاستعمال لا قدره وقد استويا فيه (ووجه) الاستحسان ان يقال نعم لكن أصل الاستعمال لا يحصل بما دون الثلاثة لان الجدار لا يبنى له عادة وانما يبنى لاكثر من ذلك الا ان الاكثر مما لا نهاية له والثلاثة أقل الجمع الصحيح فقيد به فكان ماوراء موضع الجذوع لصاحب الكثير وأما موضع الجذع الواحد فكذلك على رواية كتاب الاقرار وانما لصاحب القليل حق وضع الجذع لا أصل الملك وعلى رواية كتاب الدعوى له موضع الجذع من الحائط وماوراءه لصاحب الكثير (وجه) هذه الرواية ان صاحب القليل مستعمل لذلك القدر حقيقة فكان ذلك القدر في يده فيملكه (وجه) رواية الاقرار ما مر ان الاستعمال لا يحصل بالجذع والجذعين لان الحائط لا يبنى له عادة فلم يكن شيء من الحائط في يده فكان كله في يد صاحب الكثير الا انه ليس له دفع الجذوع وان كان موضع الجذع مملوكا له لجواز ان يكون أصل الحائط مملوكا لانسان ولآخر عليه حق الوضع بخلاف مالو أقام البينة ان الحائط له لان له ان يدفع لان البينة حجة مطلقة فاذا أقامها تبين ان الوضع من الاصل كان بغير حق ولاية الدفع وليس له ذلك حال عدم البينة لانا انما جعلنا الحائط له لظاهر اليد والظاهر يصلح للتقرير لا للتغيير فهو الفرق ولو كان الحائط متصلا ببناء احدى الدارين اتصال التزاق وارتباط فهو لصاحب الاتصال لانه كالمتعلق به ولو كان لاحدهما اتصال التزاق وللآخر جذوع فصاحب الجذوع أولى لانه مستعمل للحائط ولا استعمال من صاحب الاتصال ولو كان لاحدهما اتصال التزاق وارتباط وللآخر اتصال تربيع فصاحب التربيع أولى لان اتصال التربيع أقوى من اتصال الالتزاق ولو كان لاحدهما اتصال تربيع وللآخر جذوع فالحائط لصاحب التربيع ولصاحب الجذوع حق وضع الجذوع لكن الكلام في صورة التربيع فنقول ذكر الطحاوي رحمه الله ان التربيع هو ان يكون انصاف اللبن الحائط مداخلة حائط احدى الدارين يبنى كذلك كالازج والطاقات فكان بمعنى النتاج فكان صاحب الاتصال أولى وذكر الكرخي رحمه الله ان تفسير التربيع ان يكون طرفا هذا الحائط المدعى مداخلين حائط احدى الدارين وهذا التفسير منقول عن أبي يوسف رحمه الله فيصير الحاصل ان المداخلة اذا كانت من جانبي الحائط كان صاحب الاتصال أولى بلا خلاف وان كانت من جانب واحد فعلى قول الطحاوي رحمه الله صاحب الاتصال أولى وعلى قول الكرخي رحمه الله صاحب الجذوع أولى وجه قول الطحاوي ماذكرنا ان ذلك بمعنى النتاج حيث حدث من بنائه كذلك فكان هو أولى وجه قول الكرخي ان المداخلة من الجانبين توجب الاتحاد وجعل الكل بناء واحداً فسقط حكم الاستعمال لضرورة الاتحاد فملك البعض يوجب ملك الكل ضرورة الا انه لا يجبر على الرفع بل يترك على حاله لان ذلك ليس من ضرورات ملك الاصل بل يحتمل الانفصال عنه في الجملة الا ترى ان السقف الذي هو بين بيت العلو وبين بيت السفل هو ملك صاحب السفل ولصاحب العلو عليه حق القرار حتى لو أراد صاحب السفل رفع السقف منع منه شرعا كذا هذا جاز ان يكون الملك لصاحب الاتصال ولصاحب الجذوع حق وضع الجذع عليه بخلاف ما اذا أقام البينة

انه يجبر على الرفع وقد تقدم وجه الفرق بينهما ثم فرع أبو يوسف على ماروى عنه من تفسير التربيع انه اذا اشترى داراً ولرجل آخر دار بجنب تلك الدار و بينهما حائط وأقام الرجل البينة انه له فاراد المشترى ان يرجع على البائع بحصته من الثمن ان كان متصلاً ببناء حائط المدعى ليس له ان يرجع على البائع لانه اذا كان متصلاً ببنائه لم يتناول البيع فلم يكن مبيعاً فلا يكون للمشترى حق الرجوع وان لم يكن متصلاً ببناء المدعى وهو متصل ببناء الدار المبيعة فللمشترى ان يرجع على البائع بحصة الحائط من الثمن لانه اذا كان متصلاً بحائط الدار المبيعة تناوله البيع فكان مبيعاً فيثبت الرجوع عند الاستحقاق وان كان متصلاً بحائط الدار المبيعة وللآخر عليه جذوع لا يرجع وهذا يؤيد رواية الكرخى ان صاحب الجذوع أولى من صاحب الاتصال اذا كان من جانب واحد ولو كان اتصال تربيع واستحق المشترى الرجوع على البائع لا تنزع الجذوع بل تترك على حالها لما ذكرنا ولو كان لاحدهما عليه سترة أو بناء وصاحبه مقر بان السترة والبناء له فالحائط لصاحب السترة لانه مستعمل الحائط بالسترة فكان فى يده ولو لم يكن عليه سترة ولكن لاحدهما عليه مرادى هو القصب الموضوع على رأس الجدار فهو بينهما ولا يستحق بالمرادى والبوادى شيأً لان وضع المرادى على الحائط ليس بامر مقصود لان الحائط لا يبنى له فكان ملحقاً بالعدم فلا يتعلق به الاستحقاق ولو كان وجه الحائط الى أحدهما وظهره الى الآخر وكان انصاف اللبن أو الطاقات الى أحدهما فلا حكم لشئ من ذلك عند أبى حنيفة رحمه الله والحائط بينهما وعندهما الحائط لمن اليه وجه البناء وانصاف اللبن والطاقات وهذا اذا جعل الوجه وقت البناء حين ما بنى فاما اذا جعل بعد البناء بالنقش والتطين فلا عبرة بذلك اجماعا وعلى هذا الخلاف اذا ادعيا باباً مغلقاً على حائط بين دارين والغلق الى احدهما فالباب لهما عنده وعندهما لمن اليه الغلق ولو كان للباب غلقان من الجانبين فهو لهما اجماعا وعلى هذا الخلاف خص بين دارين أو بين كرمين والقمط الى أحدهما فالخص بينهما عند أبى حنيفة رحمه الله ولا ينظر الى القمط وعندهما الخص لمن اليه القمط وجه قولهما فى هذه المسائل اعتبار العرف والعادة فان الناس فى العادات يجعلون وجه البناء وانصاف اللبن والطاقات والغلق والقمط الى صاحب الدار فيدل على انه بناؤه فكان فى يده ولابى حنيفة رحمه الله ان هذا دليل اليد فى الماضى لا وقت الدعوة واليد فى الماضى لا تدل على اليد وقت الدعوة والحاجة فى اثبات اليد وقت الدعوة ثم فى كل موضع قضى بالملك لاحدهما لكون المدعى فى يده تجب عليه اليمين لصاحبه اذا طلب فان حلف برئ وان نكل يقضى عليه بالنكول وعلى هذا اذا اختلفا فى المرور فى دار ولاحدهما باب من داره الى تلك الدار فلصاحب الدار منع صاحب الباب عن المرور فيها حتى يقيم البينة ان له فى داره طريقا ولا يستحق صاحب الباب بالباب شيئا لان فتح الباب الى دار غيره قد يكون بحق لازم وقد يكون بغير حق أصلا وقد يكون بحق غير لازم وهو الاباحة فلا يصلح دليلا على حق المرور فى الدار مع الاحتمال وكذا لو شهد الشهود ان صاحب الدار كان يمر فيها لم يستحق بهذه الشهادة شيئا لاحتمال أن مروره فيها كان غصباً أو اباحة ولئن دلت على انه كان لحق المرور لكن فى الزمان الماضى لان الشهادة قامت عليه فلا يثبت بها الحق للحال ولو شهدوا ان له فيها طريقا فان حدوا الطريق فسموا طوله وعرضه قبلت شهادتهم وكذلك اذا لم يحدوه كذا ذكر فى الكتاب ومن أصحابنا رحمهم الله من حمل المسئلة على ما اذا شهدوا على اقرار صاحب الدار بالطريق لان المشهود به مجهول وجهالة المشهود به تمنع صحة الشهادة اما جهالة المقر به فلا تمنع صحة الاقرار ومنهم من أجرى جواب الكتاب على اطلاقه لان الطريق طوله معلوم وعرضه مقدار عرض الباب فى متعارف الناس وعاداتهم فكانت هذه شهادة بمعلوم فتقبل وكذلك لو شهدوا ان أباه مات وترك طريقا فى هذه الدار فهو على ما ذكرنا وعلى هذا اذا كان لرجل ميزاب فى دار رجل فاختلفا فى مسيل الماء فلصاحب الدار ان يمنعه عن التسييل حتى يقيم البينة ان له فى هذه الدار مسيل ماء ولا يستحق صاحب الميزاب بنفس الميزاب شيئا لما ذكرنا وذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله ان الميزاب اذا كان قديما فله حق التسييل وذكر محمد فى كتاب الشرب فى نهر فى أرض رجل يسيل فيه الماء فاختلفا فى ذلك فالقول قول صاحب الماء لانه اذا كان يسيل

فيه

فيه الماء كان النهر مشغولا بالماء فكان النهر مستعملا به فكان في يده بخلاف الميزاب فان موضوع المسئلة فيما اذا لم يكن في الميزاب ماء عند الاختلاف حتى لو كان فيه ماء كان حكمه حكم النهر والله سبحانه وتعالى أعلم ولو شهدوا انهم رأوا الماء يسيل في الميزاب فليست هذه الشهادة بشيء لان التسييل قد يكون بغير حق وكذا الشهادة ما اقامت بحق كائن على ما مر ولو شهدوا ان له حقا في الدار من حيث التسييل فان بينوا انه لماء المطر فهو لماء المطر وان بينوا انه مسيل ماء دائم للغسل والوضوء فهو كذلك وان لم يبينوا تقبل شهادتهم أيضا ويكون القول قول صاحب الدار مع يمينه انه للغسل والوضوء أو لماء المطر لان أصل الحق ثبت بشهادة الشهود وبقيت الصفة مجهولة فيتبين ببيان صاحب الدار لكن مع اليمين وان لم يكن للمدعي بينة أصلا يستحلف صاحب الدار على ذلك فان حلف برئ وان نكل يقضى بالنكول كما في باب الاموال وعلى هذا يخرج اختلاف الزوجين في متاع البيت ولا بينة لاحدهما على ما ذكرنا في كتاب النكاح والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما حكم تعارض الدعوتين في قدر الملك فهو كاختلاف المتبايعين في قدر الثمن أو المبيع فنقول جملة الكلام فيه ان المتبايعين اذا اختلفا فلا يخلو اما ان اختلفا في الثمن واما ان اختلفا في المبيع فان اختلفا في الثمن فلا يخلو اما ان اختلفا في قدر الثمن واما ان اختلفا في جنسه واما ان اختلفا في وقته وهو الاجل فان اختلفا في قدره بان قال البائع بعت منك هذا العبد بالفي درهم وقال المشتري اشتريت بالف فهذا لا يخلو اما ان كانت السلعة قائمة واما ان كانت هالكة فان كانت قائمة فاما ان كانت قائمة على حالها لم تتغير واما ان تغيرت الى الزيادة أو الى النقصان فان كانت قائمة على حالها لم تتغير تحالفا وترادا سواء كان قبل القبض أو بعده اما قبل القبض فلان كل واحد منهما مدعي ومدعى عليه من وجه لان البائع يدعي على المشتري زيادة ثمن وهو ينكر والمشتري يدعي على البائع تسليم المبيع اليه عند أداء الالف وهو ينكر فيتحالفان لقوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر وأما بعد القبض فكان ينبغي ان لا يحلف البائع ويكون القول قول المشتري مع يمينه لان المشتري لا يدعي على البائع شيئا لسلامة المبيع له والبائع يدعي على المشتري زيادة ثمن وهو ينكر فكان القول قوله مع يمينه الا انا عرفنا التحالف وهو الحلف من الجانبين بنص خاص وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا ويبدأ بيمين المشتري في ظاهر الرواية وهو قول محمد وأبي يوسف الآخر وفي قوله الاول يبدأ بيمين البائع ويقال انه قول أبي حنيفة رحمه الله والصحيح جواب ظاهر الرواية لان اليمين وظيفة المنكر والمشتري أشد انكارا من البائع لانه منكر في الحالين جميعا قبل القبض وبعده والبائع بعد القبض ليس بمنكر لان المشتري لا يدعي عليه شيئا فكان أشد انكارا منه وقبل القبض ان كان منكرا لكن المشتري أسبق انكارا منه لانه يطالب أولا بتسليم الثمن حتى يصير عينا وهو ينكر فكان أسبق انكارا من البائع فيبدأ بيمينه فان نكل لزمه دعوى البائع لان النكول بذل أو اقرار وان حلف يحلف البائع ثم اذا تحالفا هل ينفسخ البيع بنفس التحالف أو يحتاج فيه الى فسخ القاضي اختلف المشايخ رحمهم الله فيه قال بعضهم ينفسخ بنفس التحالف لانهما اذا تحالفا لم يكن في بقاء العقد فائدة فينفسخ وقال بعضهم لا ينفسخ الا بفسخ القاضي عند طلبهما أو طلب أحدهما وهو الصحيح حتى لو أراد أحدهما امضاء البيع بما يقوله صاحبه فله ذلك من غير تجديد العقد لان احتمال الفائدة ثابت لاحتمال التصديق من أحدهما لصاحبه والعقد المنعقد قد يبقى لفائدة محتملة الوجود والعدم لانا نعقد بيقين فلا يزول لاحتمال عدم الفائدة على الاصل المعهود في الثابت بيقين لانه لا يزول بالاحتمال فلا ينفسخ الا بفسخ القاضي وله ان يفسخ لانعدام الفائدة للحال ولان المنازعة لا تندفع الا بفسخ القاضي لانهما لما تحالفا صار الثمن مجهولا فيتنازعان فلا بد من قطع المنازعة ولا تنقطع الا بالقضاء بالفسخ هذا اذا كانت السلعة قائمة بعينها من غير تغير فاما اذا كانت تغيرت ثم اختلفا في قدر الثمن فلا يخلو اما ان تغيرت الى الزيادة واما ان تغيرت الى النقصان فان كان التغير الى الزيادة فان كانت الزيادة متصلة متولدة من الاصل كالسمن والجمال منعت التحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه

الله لا تمنع و يرد المشترى العين بناء على ان هذه الزيادة تمنع الفسخ عندهما فى عقود المعاوضات فتمنع التحالف وعنده لا تمنع الفسخ فلا تمنع التحالف وان كانت الزيادة متصلة غير متولدة من الاصل كالصبغ فى الثوب والبناء والغرس فى الارض فكذلك تمنع التحالف عندهما وعنده لا تمنع و يرد المشترى القيمة لمن هما عنده لان هذا النوع من الزيادة بمنزلة الهلاك وهلاك السلعة يمنع التحالف عندهما وعنده لا يمنع و يرد المشترى الزيادة وان كانت الزيادة منفصلة متولدة من الاصل كالولد والارش والعقر فهو على هذا الاختلاف وان كانت الزيادة متصلة غير متولدة من الاصل كالموهوب فى المكسوب لا تمنع التحالف اجماعا فيتحالفان و يرد المشترى العين لان هذه الزيادة لا تمنع الفسخ فى عقود المعاوضات فلا تمنع التحالف وكذا هى ليست فى معنى هلاك العين فلا تمنع التحالف واذا تحالفا يرد المشترى المبيع دون الزيادة وكانت الزيادة له لانها حدثت على ملكه وتطيب له لعدم تمكن الخبث فيها هذا اذا تغيرت السلعة الى الزيادة فاما اذا تغيرت الى النقصان فى يد المشترى فنذكر حكمه ان شاء الله تعالى هذا اذا كانت السلعة قائمة فاما اذا كانت هالكة فلا يتحالفان عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله والقول قول المشترى مع يمينه فى مقدار الثمن فان حلف لزمه ما أقر به وان نكل لزمه دعوى صاحبه وعند محمد رحمه الله يتحالفان و يرد المشترى القيمة فان اختلفا فى مقدار القيمة على قوله كان القول قول المشترى مع يمينه فى مقدار القيمة ولقب المسئلة ان هلاك السلعة هل يمنع التحالف عندهما يمنع وعنده لا يمنع واحتج بقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا أثبت عليه الصلاة والسلام التحالف مطلقا عن شرط قيام السلعة اولا يقال ورد هنا نص خاص مقيد بحال قيام السلعة وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا لان المذهب عندنا ان المطلق لا يحمل على المقيد الا فى الحمل من ضرب النصوص بعضها فى بعض بل يجرى المطلق على اطلاقه والمقيد على تقييده فكان جريان التحالف حال قيام السلعة ثابتاً بنصين وحال هلاكها ثابتاً بنص واحد وهو النص المطلق ولا تنافى بينهما فيجب العمل بهما جميعاً ولهما الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر فبقى التحالف وهو الحلف من الجانبين بعد قبض المعقود عليه لانه عليه الصلاة والسلام أوجب جنس اليمين على جنس المنكرين فلو وجبت يمين لا على منكر لم يكن جنس اليمين على جنس المنكرين وهذا خلاف النص والمنكر بعد قبض المعقود عليه هو المشترى لان البائع يدعى عليه زيادة ثمن وهو ينكر فاما الانكار من قبل البائع فلان المشترى لا يدعى عليه شيئاً فكان ينبغى ان لا يجب التحالف حال قيام السلعة أيضاً الا انا عرفنا ذلك بنص خاص مقيد وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا وهذا القيد ثابت فى النص الآخر أيضاً دلالة لانه قال عليه الصلاة والسلام وترادا والتراد لا يكون الا حال قيام السلعة فبقى التحالف حال هلاك السلعة مثبتاً بالخبر المشهور ويستوى هلاك كل السلعة و بعضها فى المنع من التحالف أصلا عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف هلاك السلعة يمنع التحالف فى قدر الهالك لا غير وعند محمد لا يمنع أصلا حتى لو اشترى عبدين فقبضهما ثم هلك أحدهما ثم اختلفا فى مقدار الثمن فالقول قول المشترى عند أبى حنيفة ولا يتحالفان الا ان يرضى البائع ان يأخذ القائم ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئا فحينئذ يتحالفان وعند أبى يوسف لا يتحالفان على الهالك والقول قول المشترى فى حصة الهالك و يتحالفان على القائم و يترادان وعند محمد يتحالفان عليهما و يرد قيمة الهالك اما محمد رحمه الله فقد مر على أصله لان هلاك كل السلعة عنده لا يمنع التحالف فهلاك البعض أولى وكذلك لابى يوسف لان المانع من التحالف هو الهلاك فيتقدر المنع بقدره تقديراً للحكم بقدر العلة ولابى حنيفة ان الحديث ينفى التحالف بعد قبض السلعة لما ذكرنا الا انا عرفناه بنص خاص والنص ورد فى حال قيام كل السلعة فبقى التحالف حال هلاك بعضها منفياً بالحديث المشهور ولان قدر الثمن الذى يقابل القائم مجهول لا يعرف الا بالحزر والظن فلا يجوز التحالف عليه الا اذا شاء البائع ان يأخذ الحى ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئا فحينئذ يتحالفان لانه رضى ان يكون الثمن كله بمقابلة القائم فيخرج الهالك

عن العقد كانه ما وقع العقد عليه وانما وقع على القيام فيتحالفان عليه وسواء كان هلاك المبيع حقيقة أو حكما بان خرج عن ملك المشترى بسبب من الاسباب لان الهالك حكما يلحق بالهالك حقيقة وقدمر الاختلاف فيه وسواء خرج كله أو بعضه عند أبى حنيفة وأبى يوسف لخروج البعض فى المنع من التحالف بمنزلة خروج الكل عندهما لان التحالف هنا يؤدى الى تفريق الصفقة على البائع وهذا لايجوز الا ان يرضى البائع ان يأخذ القائم وحصة الخارج من الثمن بقول المشترى فحينئذ يتحالفان على القائم و يرد المشترى ما بقى فى ملكه وعليه حصة الخارج بقوله وهذا عند أبى يوسف فاما عند أبى حنيفة فلا يتحالفان فى الاحوال كلها واما عند محمد فيتحالفان لان الحقيقى لا يمنع التحالف عنده فالحكمى أولى ثم هلاك الكل بان خرج كله عن ملكه لا يمنع التحالف فهلاك البعض أولى واذا تحالفا عنده فان هلك كل المبيع بان خرج كله عن ملكه يرد المشترى القيمة ان لم يكن مثليا والمثل ان كان مثليا وان هلك بعضه بان خرج البعض عن ملكه دون البعض ينظر ان كان المبيع مما فى تبعيضه ضرر اوفى تشقيصه عيب فالبائع بعد التحالف بالخيار ان شاء أخذ الباقى وقيمة الهالك وان شاء ترك الباقى وأخذ قيمة الكل وان كان المبيع مما لا ضرر فى تبعيضه ولا عيب فى تشقيصه فللبائع ان يأخذ الباقى ومثل الفائت ان كان مثلياً وقيمته ان لم يكن مثلياً ولو خرجت السلعة عن ملك المشترى ثم عادت اليه ثم اختلفا فى مقدار الثمن نظر فى ذلك ان كان العود فسخاً بان وجد به عيباً فرده بقضاء القاضى يتحالفان و يرد العين لان الفسخ رفع من الاصل فجعل كانه لم يكن واذا لم يكن العود فسخاً بان كان ملكا جديدا لا يتحالفان عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لان العود اذا لم يكن فسخا لا يتبين ان الهلاك لم يكن والهلاك يمنع التحالف عندهما وعند محمد يتحالفان و يرد المشترى القيمة لا العين وكذلك لو لم يخرج المبيع عن ملكه لكنه صار بحال يمنع الرد بالعيب اما بالزيادة واما بالنقصان اما حكم الزيادة فقد مر تفصيل الكلام فيه واما حكم النقصان فيخرج على هذا الاصل لان النقصان من باب الهلاك فنقول اذا انتقض المبيع فى يد المشترى ثم اختلفا فى مقدار الثمن لم يتحالفا عندهما سواء كان النقصان بآفة سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل المشترى أو بفعل الاجنبى أو بفعل البائع لان نقصان المبيع هلاك جزء منه وهلاك الجزء فى المنع من التحالف كهلاك الكل على أصل أبى حنيفة رضى الله عنه فلا يتحالفان والقول قول المشترى الا اذا كان النقصان بآفة سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل المشترى و رضى البائع ان يأخذ المبيع ناقصا ولا يأخذ لاجل النقصان شيأ فحينئذ يتحالفان و يترادان وعند محمد يتحالفان ثم البائع بعد التحالف بالخيار ان شاء أخذ المبيع ناقصا ولا يأخذ لاجل النقصان شيأ وان شاء ترك وأخذ القيمة وقال بعضهم على قول محمد ان اختار أخذ العين يأخذ معها النقصان كالمقبوض بالبيع الفاسد وان كان النقصان بفعل الاجنبى أو بفعل البائع يتحالفان و يرد المشترى القيمة عنده وعندهما لا يتحالفان والقول قول المشترى مع يمينه هذا اذا اختلفا فى قدر الثمن فاما اذا اختلفا فى جنسه بان قال أحدهما الثمن عين وقال الآخر هو دين فان كان مدعى العين هو البائع بان قال للمشترى بعت منك جاريتى بعبدك هذا وقال المشترى للبائع اشتريتها منك بالف درهم فان كانت الجارية قائمة تحالفا وترادا لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا من غير فصل بين ما اذا كان الاختلاف فى قدر الثمن أو فى جنسه وان كانت هالكة عند المشترى لا يتحالفان عند أبى حنيفة وأبى يوسف والقول قول المشترى فى الثمن مع يمينه وعند محمد يتحالفان وهى مسئلة هلاك السلعة وقد مرت وان كان مدعى العين هو المشترى بان قال اشتريت جاريتك بعبدى هذا وقال البائع بعتها منك بالف درهم أو بمائة دينار فان كانت الجارية قائمة يتحالفان بالنص وان كانت هالكة يتحالفان أيضاً اجماعا و يرد المشترى القيمة اما على أصل محمد فظاهر لان هلاك السلعة عنده لا يمنع التحالف واما على أصلهما فلان وجوب اليمين على المشترى ظاهر أيضا لان البائع يدعى عليه ثمن الجارية الف درهم وهو ينكر واما وجوب اليمين على البائع فلان المشترى يدعى عليه الزام العين وهو ينكر فكان كل واحد منهما مدعياً من وجه منكراً من وجه فيتحالفان ولو كان البائع يدعى عيناً والبعض ديناً والمشترى يدعى

الكل ديناً بان قال البائع بعت منك جاريتي بعبدك هذا و بالف درهم وقال المشترى اشتريت جاريتك بالف درهم فان كان المبيع وهو الجارية قائمة تحالفا بالنص وان كان هالكا فهو على الاختلاف ولو كان الامر على العكس من ذلك كان يدعى البعض عيناً والبعض دينا والبائع يدعى الكل ديناً بان قال المشترى اشتريت منك جاريتك بعبدى هذا و بالف درهم وقيمة العبد خمسمائة وقال البائع بعتك جاريتي هذه بالف درهم فان كانت الجارية قائمة تحالفا وترادا بالنص وان كانت هالكة يتحالفان أيضاً اجماعا الاان عندهما تقسم الجارية على قيمة العبد وعلى الف درهم فما كان بازاء العين وهو العبد وذلك ثلث الجارية برد المشترى القيمة وما كان بازاء الدين وهو الالف وذلك ثلثا الجارية برد الف درهم ولا يرد القيمة وانما كان كذلك لان المشترى لو كان يدعى كل الثمن عينا كانا يتحالفان و يرد المشترى القيمة على ماذكرنا ولو كان كل الثمن دينا لكان القول قوله ولا يتحالفان على مامر فاذا كان يدعى بعض الثمن عينا و بعضه دينا يرد القيمة بازاء العين فالقول قوله بازاء الدين اعتباراً للبعض بالكل وعند محمد يتحالفان و يرد المشترى جميع الثمن هذا اذا اختلفا في جنس الثمن فاما اذا اختلفا في وقته وهو الاجل مع اتفاقهما على قدره وجنسه فنقول هذا لا يخلو من أربعة أوجه اما ان اختلفا في اصل الاجل واما ان اختلفا في قدره واما ان اختلفا في مضيه واما ان اختلفا في قدره ومضيه جميعا فان اختلفا في أصله لا يتحالفان والقول قول البائع مع يمينه لان الاجل أمر يستفاد من قبله وهو منكر لوجوده ولان الاصل في الثمن هو الحلول والتأجيل عارض فكان القول قول من يدعى الاصل وان اختلفا في قدره فالقول قوله أيضا لما قلنا وان اختلفا في مضيه مع اتفاقهما على أصله وقدره فالقول قول المشترى انه لم يمض لان الاجل صار حقا له بتصادقهما فكان القول فيه قوله وان اختلفا في القدر والمضى جميعا فقال البائع الاجل شهر وقد مضى وقال المشترى شهران ولم يمضيا فالقول قول البائع في القدر والقول قول المشترى في المضى فيجعل الاجل شهراً لم يمض لان الظاهر يشهد للبائع في القدر وللمشترى في المضى على مامر هذا اذا هلك المبيع كله أو بعضه حقيقة أو حكما فأما اذا هلك العاقدان أو أحدهما والمبيع قائم فاختلف ورثتهما أو الحى منهما وورثة الميت فان كانت السلعة غير مقبوضة تحالفا وترادا لان للقبض شبها بالعقد فكان قبض المعقود عليه من الوارث بمنزلة ابتداء العقد منه فيجرى بينهما التحالف الا أن الوارث يحلف على العلم لا على البتات لانه يحلف على فعل الغير ولا علم له به وان كانت السلعة مقبوضة فلا تحالف عندهما والقول قول المشترى أو ورثته بعد موته وعند محمد يتحالفان والاصل ان هلاك العاقد بعد قبض المعقود عليه كهلاك المعقود عليه وهلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما فكذا هلاك العاقد وعند محمد ذلك لا يمنع من التحالف كذا هذا والصحيح قولهما لان الخبر المشهور يمنع من التحالف لكنا عرفناه بنص خاص حال قيام العاقدين لانه يوجب تحالف المتبايعين والمتبايع من وجد منه فعل البيع ولم يوجد من الوارث حقيقة فبقى التحالف بعد هلاكهما أو هلاك أحدهما منفيا بالخبر المشهور هذا اذا اختلفا في الثمن أما اذا اختلفا في المبيع فنقول لا يخلو المبيع من أن يكون عينا أو دينا وهو المسلم فيه فان كان عينا فاختلفا في جنسه أو في قدره بأن قال البائع بعت منك هذا العبد بألف درهم وقال المشترى اشتريت منك هذه الجارية بألف درهم أو قال البائع بعت منك هذا العبد بألف درهم وقال المشترى اشتريت منك هذا العبد مع هذه الجارية بألف درهم تحالفا وترادا لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا وان كان دينا وهو المسلم فيه فاختلفا فنقول اختلافهما في الاصل لا يخلو من ثلاثة أوجه (اما) ان اختلفا في المسلم فيه مع اتفاقهما على رأس المال (واما) ان اختلفا في رأس المال مع اتفاقهما في المسلم فيه (واما) ان اختلفا فيهما جميعا فان اختلفا في المسلم فيه مع اتفاقهما على رأس المال (فاما) ان اختلفا في جنس المسلم فيه (واما) ان اختلفا في قدره (واما) ان اختلفا في صفته (واما) ان اختلفا في مكان ايفائه (واما) ان اختلفا في وقته وهو الاجل فان اختلفا في جنسه أو قدره أو صفته تحالفا وترادا لان هذا اختلاف في المعقود عليه وانه يوجب التحالف بالنص والذى يبدأ باليمين هو المسلم اليه في قول أبى حنيفة وهو قول أبى يوسف الاول وفى قوله الآخر وهو قول محمد هو رب السلم (وجه)

قولهما

قولهما أن الابتداء باليمين من المشترى كما فى بيع العين ورب السلم هو المشترى فكانت البداية به ولابى حنيفة رحمه الله أن اليمين على المنكر والمنكر هو المسلم اليه ولا انكار مع رب السلم فكان ينبغى أن لا يحلف أصلا الا أن التحليف فى جانبه ثبت بالنص وقد روى عن أبى يوسف أيضا انه قال أيهما بدأ بالدعوى يستحلف الآخر لانه صار مدعى عليه وهو منكر وقال بعضهم التعيين الى القاضى يبدأ بأيهما شاء وان شاء أقرع بينهما فيبدأ بالذى خرجت قرعته ولو اختلفا فى مكان ايفاء المسلم فيه فقال رب السلم شرطت عليك الايفاء فى مكان كذا وقال المسلم اليه بل شرطت لك الايفاء فى مكان كذا فالقول قول المسلم اليه ولا يتحالفان عند أبى حنيفة وعندهما يتحالفان بناء على أن مكان العقد لا يتعين مكان الايفاء عنده حتى كان ترك بيان مكان الايفاء مفسداً للسلم عنده فلم يدخل مكان الايفاء فى العقد بنفسه بل بالشرط والاختلاف فيما لا يدخل فى العقد الا بالشرط لا يوجب التحالف كالاجل وعندهما مكان العقد يتعين مكانا للايفاء حتى لا يفسد السلم بترك بيان مكان الايفاء عندهما فكان المكان داخلا فى العقد من غير شرط فيوجب التحالف وان اختلفا فى وقت المسلم فيه وهو الاجل فنقول لا يخلو (اما) ان اختلفا فى أصل الاجل (واما) ان اختلفا فى قدره (واما) ان اختلفا فى مضيه (واما) ان اختلفا فى قدره ومضيه جميعا فان اختلفا فى أصل الاجل لم يتحالفا عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر تحالفا وترادا واحتج باطلاق قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا ولان الاختلاف فى أصل المسلم فيه كالاختلاف فى صفته ألا ترى انه لا صحة للسلم بدون الاجل كما لا صحة له بدون الوصف فصار الاجل وصفا للمعقود عليه شرعا فيوجب التحالف (ولنا) ان الاجل ليس بمعقود عليه والاختلاف فيما ليس بمعقود عليه لا يوجب التحالف بخلاف الاختلاف فى الصفة لان الصفة فى الدين معقود عليه كالاجل والاختلاف فى الاجل يوجب التحالف فكذا فى الصفة واذا لم يتحالفا فان كان مدعى الاجل هو رب السلم فالقول قوله ويجوز السلم لانه يدعى صحة العقد والمسلم اليه يدعى الفساد والقول قول مدعى الصحة ولان المسلم اليه متعنت فى انكار الاجل لانه ينفعه والمتعنت لا قول له وان كان هو المسلم اليه فالقول قوله عند أبى حنيفة ويجوز السلم استحسانا والقياس أن يكون القول قول رب السلم ويفسد السلم وهو قولهما (وجه) القياس ان الاجل أمر يستفاد من قبل رب السلم حقا عليه شرعا وانه منكر ثبوته والقول قول المنكر فى الشرع (وجه) الاستحسان ان المسلم اليه بدعوى الاجل يدعى صحة العقد ورب السلم بالانكار يدعى فساده فكان القول قول من يدعى الصحة لان الظاهر شاهد له اذ الظاهر من حال المسلم اجتناب المعصية ومباشرة العقد الفاسد معصية واذا كان القول قوله فى أصل الاجل كان القول قوله فى مقدار الاجل أيضا وقال بعضهم القول قوله الى شهر لانه أدنى الآجال فأما الزيادة على شهر فلا تثبت الا بالبينة وان اختلفا فى قدره لم يتحالفا عندنا خلافا لزفر والقول قول رب السلم لما ذكرنا ان الاجل أمر يستفاد من قبله فيرجع فى بيان القدر اليه وان اختلفا فى مضيه فالقول قول المسلم اليه وصورته اذا قال رب السلم كان الاجل شهراً وقد مضى وقال المسلم اليه كان شهراً ولم يمض وان أخذت السلم الساعة كان القول قول المسلم اليه لانهما لما تصادقا على أصل الاجل وقدره فقد صار الاجل حقا للمسلم اليه فكان القول فى المضى قوله وان اختلفا فى قدره ومضيه جميعاً فالقول قول رب السلم فى القدر وقول المسلم اليه فى المضى لان الظاهر يشهد لرب السلم فى القدر وللمسلم اليه فى المضى هذا اذا اختلفا فى المسلم فيه مع اتفاقهما على رأس المال فأما اذا اختلفا فى رأس المال مع اتفاقهما فى المسلم فيه تحالفا وترادا أيضاً سواء اختلفا فى جنس رأس المال أو قدره أو صفته لما قلنا فى الاختلاف فى المسلم فيه الا أن الذى يبدأ باليمين ههنا هو رب السلم فى قولهم جميعاً لانه المشترى وهو المنكر أيضا وان اختلفا فيهما جميعا فكذلك تحالفا وترادا لانهما اختلفا فى المبيع والثمن والاختلاف فى أحدهما يوجب التحالف ففيهما أولى والقاضى يبدأ باليمين بأيهما شاء والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم الملك والحق الثابت فى المحل فنقول وبالله التوفيق حكم الملك ولاية التصرف للمالك فى

المملوك باختياره ليس لاحد ولاية الجبر عليه الا لضرورة ولا لاحد ولاية المنع عنه وان كان يتضرر به الا اذا تعلق به حق الغير فيمنع عن التصرف من غير رضا صاحب الحق وغير المالك لا يكون له التصرف فى ملكه من غير اذنه ورضاه الا لضرورة وكذلك حكم الحق الثابت فى المحل اذا عرف هذا فنقول للمالك أن يتصرف فى ملكه أى تصرف شاء سواء كان تصرفا يتعدى ضرره الى غيره أو لا يتعدى فله أن يبنى فى ملكه مرحاضا أو حماما أو رحى أو تنورا وله أن يقعد فى بنائه حدادا أو قصارا وله أن يحفر فى ملكه بئرا أو بالوعة أو ديماسا وان كان يهن من ذلك البناء ويتأذى به جاره وليس لجاره أن يمنعه حتى لو طلب جاره تحويل ذلك لم يجبر عليه لان الملك مطلق للتصرف فى الاصل والمنع منه لعارض تعلق حق الغير فاذا لم يوجد التعلق لا يمنع الا أن الامتناع عما يؤذى الجار ديانة واجب للحديث قال عليه الصلاة والسلام المؤمن من أمن جاره بوائقه ولو فعل شيأ من ذلك حتى وهن البناء وسقط حائط الجار لا يضمن لانه لا صنع منه فى ملك الغير وعلى هذا سفل لرجل وعليه علو لغيره انهدم ما لم يجبر صاحب السفل على بناء السفل لانه ملكه والانسان لا يجبر على عمارة ملك نفسه ولكن يقال لصاحب العلو ان شئت فابن السفل من مال نفسك وضع عليه علوك ثم امنع صاحب السفل عن الانتفاع بالسفل حتى يرد عليك قيمة البناء مبنيا لان البناء وان كان تصرفا فى ملك الغير لكن فيه ضرورة لانه لا يمكنه الانتفاع بملك نفسه الا بالتصرف فى ملك غيره فصار مطلقا له شرعا وله حق الرجوع بقيمة البناء مبنيا لان البناء ملكه لحصوله باذن الشرع واطلاقه فله أن لا يمكنه من الانتفاع بملكه الا ببدل يعدله وهو القيمة وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى ان فى ظاهر الرواية يرجع بما أنفقه وكذا ذكر الخصاف انه يرجع بما أنفق لانه لما لم يقدر على الانتفاع بالعلو الا ببناء السفل ولا ضرر لصاحب السفل فى بنائه بل فيه نفع صار مأذونا بالانفاق من قبله دلالة فكان له حق الرجوع بما أنفق وهذا بخلاف البئر المشترك والدولاب المشترك والحمام المشترك ونحو ذلك اذا خربت فامتنع أحدهما عن العمارة انه يجبر الآخر على العمارة لان هناك ضرورة لانه لا يمكن الانتفاع به بواسطة القسمة لانه لا يحتمل القسمة والترك لذلك تعطيل الملك وفيه ضرر بهما فكان الذى أبى العمارة متعنتا محضا فى الامتناع فيدفع تعنته بالجبر على العمارة هذا اذا انهدما بأنفسهما فأما اذا هدم صاحب السفل سفله حتى انهدم العلو يجبر على اعادته لانه أتلف حق صاحب العلو باتلاف محله ويمكن جبره بالاعادة فتجب عليه اعادته وعلى هذا حائط بين دارين انهدم ولهما عليه جذوع لم يجبر واحد منهما على بنائه لما قلنا ولكن اذا أبى أحدهما البناء يقال للآخر ان شئت فابن من مال نفسك وضع خشبك عليه وامنع صاحبك من الوضع حتى يرد عليك نصف قيمة البناء مبنيا أو نصف ما أنفقته على حسب ما ذكرنا فى السفل والعلو وقيل انما يرجع اذا لم يكن موضع الحائط عريضا ولا يمكن كل واحد منهما أن يبنى حائطا على حدة فى نصيبه بعد القسمة (فأما) اذا كان عريضا يمكن قسمته وأن يبنى كل واحد منهما فى نصيبه حائطا يصلح لوضع الجذوع عليه فبناه كما كان بغير اذن صاحبه لا يكون له حق الرجوع على صاحبه بل يكون متبرعا لانه يبنى ملك غيره بغير اذنه من غير ضرورة فكان متبرعا فلا يرجع عليه بشئ ولو أراد أحدهما قسمة عرصة الحائط لم تقسم الا عن تراض منهما بالقسمة لان لكل واحد منهما عليه حق وضع الخشب وفى القسمة جبرا ابطال حق الآخر من غير رضاه وهذا لا يجوز ويحتمل أن يقال هذا اذا لم يكن عريضا فان كان يقسم قسمة جبر لانه لا يتضمن ابطال حق الغير ولو كانت الجذوع عليه لاحدهما فطلب أحدهما القسمة وأبى الآخر فان كان الطالب صاحب الجذوع يجبر الآخر على القسمة لانه فى الانتفاع متعنت وانما الحق لصاحب الجذوع وقد رضى بسقوط حقه وان كان الطالب من لا جذع له لا يجبر صاحب الجذوع على القسمة لان فيها ابطال حقه فى وضع الجذوع فلا يجوز من غير رضاه ولو هدم الحائط أحدهما يجبر على اعادته لما ذكرنا انه أتلف محل حق أحدهما فيجب جبره على الاعادة وعلى هذا سفل لرجل وعليه علو لغيره فأراد صاحب السفل أن يفتح بابا أو يثبت كوة أو يحفر طاقا أو يقد وتدا على الحائط أو يتصرف فيه تصرفا لم يكن قبل ذلك ليس له ذلك من غير رضا صاحب العلو سواء أضر ذلك بالعلو

بان

بأن أوجب وهن الحائط أو لم يضر به عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما له ذلك ان لم يضر بالعلو ولو أراد صاحب السفل أن يحفر في سفله بئراً أو بالوعة أو سردابا فله ذلك من غير رضا صاحب العلو اجماعا وكذا ايقاد النار للطبخ أو للخبز وصب الماء للغسل أو للوضوء بالاتفاق وعلى هذا الاختلاف لو أراد صاحب العلو ان يحدث على علوه بناء أو يضع جذوعا لم يكن قبل ذلك أو يشرع فيه بابا أو كنيفا لم يكن قبله ليس له ذلك عند أبي حنيفة سواء أضر بالسفل أولا وعندهما له أن يفعل ذلك ما لم يضر بالسفل وله ايقاد النار وصب الماء للوضوء والغسل اجماعا منهم من قال لا خلاف بينهم في الحقيقة وقولهما تفسير قول أبي حنيفة رحمه الله ومنهم من حقق الخلاف (وجه) قولهما أن صاحب السفل يتصرف في ملك نفسه فلا يمنع الا لحق الغير وحق الغير لا يمنع من التصرف لعينه بل لما يتضرر به صاحب الحق ألا ترى أن الانسان لا يمنع من الاستظلال بجدار غيره ومن الاصطلاء بنار غيره لانعدام تضرر المالك والخلاف هنا في تصرف لا يضر بصاحب العلو فلا يمنع عنه ولابي حنيفة رحمه الله أن حرمة التصرف في ملك الغير وحقه لا يقف على الضرر بل هو حرام سواء تضرر به أم لا ألا ترى ان نقل المرآة والمجارمن دار المالك الى موضع آخر حرام وان كان لا يتضرر به المالك والدليل عليه انه يباح التصرف في ملك الغير وحقه برضاه ولو كانت الحرمة لما يلحقه من الضرر لما أبيح لان الضرر لا ينعدم برضا المالك وصاحب الحق دل أن التصرف في ملك الغير وحقه حرام أضر بالمالك أو لا وهنا حق لصاحب العلو متعلق بالسفل فيحرم التصرف فيه الا باذنه ورضاه بخلاف ما ضربنا من المثال وهو الاستظلال بجدار غيره والاصطلاء بنار غيره لان ذلك ليس تصرفا في ملك الغير وحقه اذ لا أثر لذلك متصل بملك الغير وحقه وهنا بخلافه وعلى هذا اذا كان مسيل ماء في قناة فأراد صاحب القناة أن يجعله ميزابا أو كان ميزابا فأراد أن يجعله قناة ليس له ذلك وكذلك لو أراد أن يجعل ميزابا أطول من ميزابه أو أعرض أو أراد أن يسيل ماء سطح آخر في ذلك الميزاب لم يكن له ذلك لان صاحب الحق لا يملك التصرف زيادة على حقه وكذلك لو أراد أهل الدار أن يبنوا حائطا ليسدوا مسيله أو أرادوا أن ينقلوا الميزاب عن موضعه أو يرفعوه أو يسفلوه لم يكن لهم ذلك لان ذلك تصرف في حق الغير بالابطال والتغيير فلا يجوز من غير رضا صاحب الحق ولو بنى أصل الدار لتسييل ميزابه على ظهره فلهم ذلك لان مقصود صاحب الميزاب حاصل في الحالين دار لرجل فيها طريق فأراد أهل الدار أن يبنوا في ساحة الدار ما يقطع طريقه ليس لهم ذلك لان فيه ابطال حق المرور وينبغي أن يتركوا في ساحة الدار عرض باب الدار لان عرض الطريق مقدر بعرض باب الدار ولو أراد رجل أن يشرع الى الطريق جناحا أو ميزابا فنقول هذا في الاصل لا يخلو من أحد وجهين اما ان كانت السكة نافذة واما ان كانت غير نافذة فان كانت نافذة فانه ينظر ان كان ذلك مما يضر بالمارين فلا يحل له أن يفعل ذلك في دينه لقوله عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا اضرار في الاسلام ولو فعل ذلك فلكل واحد أن يقلع عليه ذلك وان كان ذلك مما لا يضر بالمارين حل له الانتفاع به ما لم يتقدم اليه أحد بالرفع والنقض فاذا تقدم اليه واحد من عرض الناس لا يحل له الانتفاع به بعد ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يحل له الانتفاع قبل التقدم وبعده وكذلك هذا الحكم في غرس الاشجار وبناء الدكاكين والجلوس للبيع والشراء على قارعة الطريق (وجه) قولهما ما ذكرنا أن حرمة التصرف في حق الغير ليس لعينه بل للتحرز عن الضرر ولا ضرار بالمارة فاستوى فيه حال ما قبل التقدم وبعده ولابي حنيفة رحمه الله ان اشراع الجناح والميزاب الى طريق العامة تصرف في حقهم لان هواء البقعة في حكم البقعة والبقعة حقهم فكذا هواؤها فكان الانتفاع بذلك تصرفا في حق الغير وقد مر ان التصرف في حق الغير بغير اذنه حرام سواء أضر به أولا الا أنه حل له الانتفاع بذلك قبل التقدم لوجود الاذن منهم دلالة وهي ترك التقدم بالنقض والتصرف في حق الانسان باذنه مباح فاذا وقعت المطالبة بصريح النقض بطلت الدلالة فبقى الانتفاع بالمبنى تصرفا في حق مشترك بين الكل من غير اذنهم ورضاهم فلا يحل هذا اذا كانت السكة نافذة فأما اذا كانت غير نافذة فان كان له حق في التقديم فليس لاهل السكة حق المنع لتصرفه في حق نفسه وان لم

يكن له حق فى التقديم فلهم منعه سواء كان لهم فى ذلك مضرة أولا لما ذكرنا ان حرمة التصرف فى حق الغير لا تقف على المضرة والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ كتاب الشهادة ﴾

الكلام فى هذا الكتاب فى مواضع فى بيان ركن الشهادة وفى بيان شرائط الركن وفى بيان ما يلزم الشاهد بتحمل الشهادة وفى بيان حكم الشهادة أما ركن الشهادة فقول الشاهد أشهد بكذا وكذا وفى متعارف الناس فى حقوق العباد هو الاخبار عن كون ما فى يد غيره لغيره فكل من أخبر بأن ما فى يد غيره لغيره فهو شاهد وبه ينفصل عن المقر والمدعى والمدعى عليه على ماذكرنا فى كتاب الدعوى

﴿ فصل ﴾ وأما الشرائط فى الاصل فنوعان نوع هو شرط تحمل الشهادة ونوع هو شرط أداء الشهادة (أما) الاول فثلاثة أحدها أن يكون عاقلا وقت التحمل فلا يصح التحمل من المجنون والصبى الذى لا يعقل لان تحمل الشهادة عبارة عن فهم الحادثة وضبطها ولا يحصل ذلك الا بآلة الفهم والضبط وهى العقل والثانى أن يكون بصيرا وقت التحمل عندنا فلا يصح التحمل من الاعمى وعند الشافعى رحمه الله البصر ليس بشرط لصحة التحمل ولا لصحة الاداء لان الحاجة الى البصر عند التحمل لحصول العلم بالمشهود به وذلك يحصل بالسماع وللاعمى سماع صحيح فيصح تحمله للشهادة ويقدر على الاداء بعد التحمل (ولنا) أن الشرط هو السماع من الخصم لان الشهادة تقع له ولا يعرف كونه خصما الا بالرؤية لان النغمات يشبه بعضها بعضا (وأما) البلوغ والحرية والاسلام والعدالة فليست من شرائط التحمل بل من شرائط الاداء حتى لو كان وقت التحمل صبيا عاقلا أوعبدا أو كافرا أو فاسقا ثم بلغ الصبى وعتق العبد وأسلم الكافر وتاب الفاسق فشهدوا عند القاضى تقبل شهادتهم وكذا العبد اذا تحمل الشهادة لمولاه ثم عتق فشهد له تقبل وكذا المرأة اذا تحملت الشهادة لزوجها ثم بانت منه فشهدت له تقبل شهادتها لان تحملها الشهادة للمولى والزوج صحيح وقد صارا من أهل الاداء بالعتق والبينونة فتقبل شهادتهما ولو شهد الفاسق فردت شهادته لتهمة الفسق أو شهد أحد الزوجين لصاحبه فردت شهادته لتهمة الزوجية ثم شهدوا فى تلك الحادثة بعد التوبة والبينونة لا تقبل ولو شهد العبد أو الصبى العاقل أو الكافر على مسلم فى حادثة فردت شهادته ثم أسلم الكافر وعتق العبد وبلغ الصبى فشهدوا فى تلك الحادثة بعينها تقبل (ووجه) الفرق ان الفاسق والزوج لهما شهادة فى الجملة وقد وردت فاذا شهدوا بعد التوبة وزوال الزوجية فى تلك الحادثة فقد أعادا تلك الشهادة وهى مردودة والشهادة المردودة لا تحتمل القبول بخلاف الكافر والعبد والصبى لانه لا شهادة للكافر على المسلم أصلا وكذا الصبى والعبد لا شهادة لهما أصلا فاذا أسلم الكافر وعتق العبد وبلغ الصبى فقد حدثت لهم بالاسلام والعتق والبلوغ شهادة وهى غير المردودة فقبلت فهو الفرق الثالث أن يكون التحمل بمعاينة المشهود به بنفسه لا بغيره الا فى أشياء مخصوصة يصح التحمل فيها بالتسامع من الناس لقوله عليه الصلاة والسلام للشاهد اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع ولا يعلم مثل الشمس الا بالمعاينة بنفسه فلا تطلق الشهادة بالتسامع الا فى أشياء مخصوصة وهى النكاح والنسب والموت فله تحمل الشهادة فيها بالتسامع من الناس وان لم يعاين بنفسه لان مبنى هذه الاشياء على الاشتهار فقامت الشهرة فيها مقام المعاينة وكذا اذا شهد العرس والزفاف يجوز له ان يشهد بالنكاح لانه دليل النكاح وكذا فى الموت اذا شهد جنازة رجل أو دفنه حل له ان يشهد بموته واختلفوا فى تفسير التسامع فعند محمد رحمه الله هو أن يشتهر ذلك ويستفيض وتتواتر به الاخبار عنده من غير تواطؤ لان الثابت بالتواتر والمحسوس بحس البصر والسمع سواء فكانت الشهادة بالتسامع شهادة عن معاينة فعلى هذا اذا أخبره بذلك رجلان أو رجل وامرأتان لا يحل له الشهادة مالم يدخل فى حد التواتر وذكر أحمد بن عمرو بن مهران الخصاف انه اذا أخبره رجلان عدلان أو رجل

وامرأتان

وامرأتان ان هذا ابن فلان أو امرأة فلان يحل له الشهادة بذلك استدلالا بحكم الحاكم وشهادته فانه يحكم بشهادة شاهدين من غير معاينة منه بل بخبرهما ويجوز له أن يشهد بذلك بعد العزل كذا هذا ولو أخبره رجل أو امرأة بموت انسان حل للسامع أن يشهد بموته فعلى هذا يحتاج الى الفرق بين الموت و بين النكاح والنسب ووجه الفرق ان مبنى هذه الاشياء وان كان على الاشتهار الا أن الشهرة فى الموت أسرع منه فى النكاح والنسب لذلك شرط العدد فى النكاح والنسب لا فى الموت لكن ينبغى أن يشهد فى كل ذلك على البتات والقطع دون التفصيل والتقييد بأن يقول انى لم أعاين ذلك ولكن سمعت من فلان كذا وكذا حتى لو شهد كذلك لا تقبل وأما الولاء فالشهادة فيه بالتسامع غير مقبولة عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبى يوسف رحمه الله الاول ثم رجع وقال تقبل وذكر الطحاوى رحمه الله قول محمد مع أبى يوسف الآخر ووجهه أن الولاء لحمة كلحمة النسب ثم الشهادة بالتسامع فى النسب مقبولة كذا فى الولاء الا ترى أنا كما نشهد أن سيدنا عمر كان ابن الخطاب رضى الله عنه نشهد أن نافعا كان مولى ابن سيدنا عمر رضى الله عنهما والصحيح جواب ظاهر الرواية لان جواز الشهادة بالتسامع فى النسب لما أن مبنى النسب على الاشتهار فقامت الشهرة فيه مقام السماع بنفسه وليس مبنى الولاء على الاشتهار فلابد من معاينة الاعتاق حتى لو اشتهر اشتهار نافع لابن سيدنا عمر رضى الله عنهما حلت الشهادة بالتسامع وأما الشهادة بالتسامع فى الوقف فلم يذكره فى ظاهر الرواية الا أن مشايخنا ألحقوه بالموت لان مبنى الوقف على الاشتهار أيضا كالموت فكان ملحقا به وكذا تجوز الشهادة بالتسامع فى القضاء والولاية أن هذا قاضى بلد كذا و والى بلد كذا وان لم يعاين المنشور لان مبنى القضاء والولاية على الشهرة فقامت الشهرة فيهما مقام المعاينة ثم تحمل الشهادة كما يحصل بمعاينة المشهود به بنفسه يحصل بمعاينة دليله بان يرى ثوبا أو دابة أو دارا فى يد انسان يستعمله استعمال الملاك من غير منازع حتى لو خاصمه غيره فيه يحل له أن يشهد بالملك لصاحب اليد لان اليد المتصرفة فى المال من غير منازع دليل الملك فيه بل لا دليل بشاهد فى الاموال أقوى منها وزاد أبو يوسف فقال لا تحل له الشهادة حتى يقع فى قلبه أيضا أنه له و ينبغى أن يكون هذا قولهم جميعا أنه لا تجوز للرائى الشهادة بالملك لصاحب اليد حتى يراه فى يده يستعمله استعمال الملاك من غير منازع وحتى يقع فى قلبه أنه له وذكر فى الجامع الصغير وقال كل شئ فى يد انسان سوى العبد والامة يسعك أن تشهد أنه له استثنى العبد والامة فيقتضى أن لا تحل له الشهادة بالملك لصاحب اليد فيهما الا اذا أقرا بأنفسهما وانما أراد به العبد الذى يكون له فى نفسه يد بان كان كبيرا يعبر عن نفسه وكذا الامة لان الكبير فى يد نفسه ظاهرا اذ الاصل هو الحرية فى بنى آدم والرق عارض فكانت يده الى نفسه أقرب من يد غيره فلم تصلح يد غيره دليل الملك فيه بخلاف الجمادات والبهائم لانه لا يد لها فبقيت يد صاحب اليد دليلا على الملك ولان الحر قد يخدم كانه عبد عادة وهذا أمر ظاهر فى متعارف الناس وعاداتهم فتعارض الظاهران فلم تصلح اليد دليلا فيه أما اذا كان صغيرا لا يعبر عن نفسه كان حكمه حكم الثوب والبهيمة لانه لا يكون له فى نفسه يد فيلحق بالعروض والبهائم فتحل للرائى الشهادة بالملك فيه لصاحب اليد والله سبحانه وتعالى أعلم وأما شرائط اداء الشهادة فانواع بعضها يرجع الى الشاهد و بعضها يرجع الى نفس الشهادة و بعضها يرجع الى مكان الشهادة و بعضها يرجع الى المشهود به أما الذى يرجع الى الشاهد فانواع بعضها يعم الشهادات كلها و بعضها يخص البعض دون البعض أما الشرائط العامة فمنها العقل لان من لا يعقل لا يعرف الشهادة فكيف يقدر على أدائها ومنها البلوغ فلا تقبل شهادة الصبى العاقل لانه لا يقدر على الاداء الا بالتحفظ والتحفظ بالتذكر والتذكر بالتفكر ولا يوجد من الصبى عادة ولان الشهادة فيها معنى الولاية والصبى مولى عليه ولانه لو كان له شهادة للزمته الاجابة عند الدعوة للآية الكريمة وهو قوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا أى دعوا للاداء فلا يلزمه اجماعا ومنها الحرية فلا تقبل شهادة العبد لقوله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شئ والشهادة شئ فلا يقدر على أدائها بظاهر الآية الكريمة ولان الشهادة تجرى مجرى الولايات والتمليكات أما معنى

الولاية فان فيه تنفيذ القول على الغير وانه من باب الولاء وأما معنى التمليك فان الحاكم يملك الحكم بالشهادة فكان الشاهد ملكه الحكم والعبد لا ولاية له على غيره ولا يملك فلا شهادة له ولانه لو كان له شهادة لكان يجب عليه الاجابة اذا دعي لاداتها للآية الكريمة ولا يجب لقيام حق المولى وكذا لا تقبل شهادة المدبر والمكاتب وأم الولد لانهم عبيد وكذا معتق البعض عند أبي حنيفة وعندهما تقبل شهادته لانه بمنزلة المكاتب عنده وعندهما بمنزلة حر عليه دين ومنها بصر الشاهد عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فلا تقبل شهادة الاعمى عندهما سواء كان بصيرا وقت التحمل أولا وعند أبي يوسف ليس بشرط حتى تقبل شهادته اذا كان بصيرا وقت التحمل وهذا اذا كان المدعى شيأ لا يحتاج الى الاشارة اليه وقت الاداء فاما اذا كان شيأ يحتاج الى الاشارة اليه وقت الاداء لا تقبل شهادته اجماعا وجه قوله أبي يوسف أن اشتراط البصر ليس لعينه بل لحصول العلم بالمشهود به وذا يحصل اذا كان بصيرا وقت التحمل وجه قولهما أنه لا بد من معرفة المشهود له والاشارة اليه عند الشهادة فاذا كان أعمى عند الاداء لا يعرف المشهود له من غيره فلا يقدر على اداء الشهادة ومنها النطق فلا تقبل شهادة الاخرس لان مراعاة لفظة الشهادة شرط صحة أدائها ولا عبارة للأخرس أصلا فلا شهادة له ومنها العدالة لقبول الشهادة على الاطلاق فانها لا تقبل على الاطلاق دونها لقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء والشاهد المرضي هو الشاهد العدل والكلام في العدالة في مواضع في بيان ماهية العدالة انها ماهي في عرف الشرع وفي بيان صفة العدالة المشروطة وفي بيان انها شرط أصل القبول وجوداً أم شرط القبول على الاطلاق وجوداً أو وجوبا أما الاول فقد اختلفت عبارات مشايخنا رحمهم الله في ماهية العدالة المتعارفة قال بعضهم من لم يطعن عليه في بطن ولا فرج فهو عدل لان أكثر أنواع الفساد والشر يرجع الى هذين العضوين وقال بعضهم من لم يعرف عليه جريمة في دينه فهو عدل وقال بعضهم من غلبت حسناته سيئاته فهو عدل وقد روي عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال اذا رأيتم الرجل يعتاد الصلاة في المساجد فاشهدوا له بالايمان وروي من صلى الى قبلتنا وأكل ذبيحتنا فاشهدوا له بالايمان وقال بعضهم من يجتنب الكبائر وأدى الفرائض وغلبت حسناته سيآته فهو عدل وهو اختيار أستاذ أستاذي الامام فخر الدين علي البزدوي رحمه الله تعالى واختلفت في ماهية الكبائر والصغائر قال بعضهم ما فيه حد في كتاب الله عز وجل فهو كبيرة وما لا حد فيه فهو صغيرة وهذا ليس بسديد فان شرب الخمر وأكل الربا كبيرتان ولا حد فيهما في كتاب الله تعالى وقال بعضهم ما يوجب الحد فهو كبيرة وما لا يوجبه فهو صغيرة وهذا يبطل أيضا بأكل الربا فانه كبيرة ولا يوجب الحد وكذا يبطل أيضا بأشياء أخر هي كبائر ولا توجب الحد نحو عقوق الوالدين والفرار من الزحف ونحوها وقال بعضهم كلما جاء مقرونا بوعيد فهو كبيرة نحو قتل النفس المحرمة وقذف المحصنات والزنا والربا وأكل مال اليتيم والفرار من الزحف وهو مروي عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما وقيل له ان عبد الله بن سيدنا عمر رضي الله عنهما قال الكبائر سبع فقال هي الى سبعين أقرب ولكن لا كبيرة مع توبة ولا صغيرة مع اصرار وروي عن الحسن عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال ما تقولون في الزنا والسرقة وشرب الخمر قالوا الله ورسوله أعلم قال عليه الصلاة والسلام هن فواحش وفيهن عقوبة ثم قال عليه الصلاة والسلام ألا أنبئكم بأكبر الكبائر فقالوا بلى يا رسول الله فقال عليه الصلاة والسلام الاشراك بالله وعقوق الوالدين وكان عليه الصلاة والسلام متكئا فجلس ثم قال الا وقول الزور الا وقول الزور الا وقول الزور فاذا عرفت تفسير العدالة في عرف الشرع فلا عدالة لشارب الخمر لان شربه كبيرة فتسقط به العدالة ومن مشايخنا من قال اذا كان الرجل صالحا في أموره تغلب حسناته سيآته ولا يعرف بالكذب ولا بشيء من الكبائر غير انه يشرب الخمر أحيانا لصحة البدن والتقوى لا للتلهي يكون عدلا وعامة مشايخنا على أنه لا يكون عدلا لان شرب الخمر كبيرة محضة وان كان للتقوى ومن شرب النبيذ لا تسقط عدالته بنفس الشرب لان شربه للتقوى دون التلهي حلال وأما السكر منه فان كان وقع منه مرة وهو لا يدري أو وقع سهوا الا تسقط عدالته وان كان يعتاد السكر منه تسقط

عدالته لان السكر منه حرام ولا عدالة لمن يحضر مجلس الشرب و يجلس بينهم وان كان لا يشرب لان حضوره مجلس الفسق فسق ولا عدالة للنائح والنائحة لان فعلهما محظور وأما المغنى فان كان يجتمع الناس عليه للفسق بصوته فلا عدالة له وان كان هو لا يشرب لانه رأس الفسقة وان كان يفعل ذلك مع نفسه لدفع الوحشة لا تسقط عدالته لان ذلك مما لا بأس به لان السماع مما يرقق القلوب لكن لا يحل الفسق به وأما الذى يضرب شيأ من الملاهى فانه ينظر ان لم يكن مستشنعا كالقصب والدف ونحوه لا بأس به ولا تسقط عدالته وان كان مستشنعا كالعود ونحوه سقطت عدالته لانه لا يحل بوجه من الوجوه والذى يلعب بالحمام فان كان لا يطيرها لا تسقط عدالته وان كان يطيرها تسقط عدالته لانه يطلع على عورات النساء و يشغله ذلك عن الصلاة والطاعات ومن يلعب بالنرد فلا عدالة له وكذلك من يلعب بالشطرنج و يعتاده فلا عدالة له وان اباحه بعض الناس لتشحيذ الخاطر وتعلم أمر الحرب لانه حرام عندنا لكونه لعبا قال عليه الصلاة والسلام كل لعب حرام الا ملاعبة الرجل أهله وتأديبه فرسه ورميه عن قوسه وكذلك اذا اعتاد ذلك يشغله عن الصلاة والطاعات فان كان يفعله أحيانا ولا يقامر به لا تسقط عدالته ولا عدالة لمن يدخل الحمام بغير مئزر لان ستر العورة فريضة ومن ترك الصلاة بالجماعات استخفافا بها وهوانا بتركها فلا عدالة له لان الجماعة واجبة وان كان تركها عن تأويل بأن كان الامام غير مرضى عنده لا تسقط عدالته ولا عدالة لمن يفجر بالنساء أو يعمل بعمل قوم لوط ولا للسارق وقاطع الطريق والمتلصص وقاذف المحصنات وقاتل النفس المحرمة وآكل الربا ونحوه لان هؤلاء من رؤس الكبائر ولا عدالة للمخنث لان فعله وعمله كبيرة ولا عدالة لمن لم يبال من أين يكتسب الدراهم من أى وجه كان لان من هذا حاله لا يأمن منه أن يشهد زورا طمعا فى المال والمعروف بالكذب لا عدالة له ولا تقبل شهادته أبدا وان تاب لان من صار معروفا بالكذب واشتهر به لا يعرف صدقه فى توبته بخلاف الفاسق اذا تاب عن سائر أنواع الفسق تقبل شهادته وكذا من وقع فى الكذب سهوا أو ابتلى به مرة ثم تاب لانه قل ما يخلو مسلم عن ذلك فلو منع القبول لانسد باب الشهادة وأما الاقلف فتقبل شهادته اذا كان عدلا ولم يكن تركه الختان رغبة عن السنة لعمومات الشهادة ولان اسلامه اذا كان فى حال الكبر فيجوز أنه خاف على نفسه التلف فان لم يخف ولم يختتن تاركا للسنة لم تقبل شهادته كالفاسق والذى يرتكب المعاصى أن شهادته لا تجوز وان كنا لا نستيقن كونه فاسقا فى تلك الحال وتقبل شهادة ولد الزنا اذا كان عدلا لعمومات الشهادة لان زنا الوالدين لا يقدح فى عدالته لقوله سبحانه وتعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى وما روى عنه عليه الصلاة والسلام ولد الزنا أسوأ الثلاثة فذا فى ولد معين والله تعالى أعلم وتقبل شهادة الخصى لعمومات الشهادة وروى عن سيدنا عمر رضى الله عنه أنه قبل شهادة علقمة الخصى ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر من الصحابة ولان الخصاء لا يقدح فى العدالة فلا يمنع قبول الشهادة وأما شهادة صاحب الهوى اذا كان عدلا فى هواه ودينه نظر فى ذلك ان كان هوى يكفره لا تقبل شهادته لان شهادة الكافر على المسلم غير مقبولة وان كان لا يكفره فان كان صاحب العصبية وصاحب الدعوة الى هواه أو كان فيه مجانة لا تقبل أيضا لان صاحب العصبية والدعوة لا يبالى من الكذب والتزوير لترويج هواه فكان فاسقا فيه وكذا اذا كان فيه مجانة لان الماجن لا يبالى من الكذب فان لم يكن كذلك وهو عدل فى هواه تقبل لان هواه يزجره عن الكذب الا صنف من الرافضة يسمون بالخطابية فانهم لا شهادة لهم لان من نحلتهم انه تحل الشهادة لمن يوافقهم على من يخالفهم وقيل من نحلتهم أن من ادعى أمرا من الامور وحلف عليه كان صادقا فى دعواه فيشهدون له فان كان هذا مذهبهم فلا تخلو شهادتهم عن الكذب وكذا لا عدالة لاهل الالهام لانهم يحكمون بالالهام فيشهدون لمن يقع فى قلوبهم انه صادق فى دعواه ومعلوم أن ذلك لا يخلو عن الكذب ولا عدالة لمن يظهر شتيمة الصحابة رضى الله تعالى عنهم لان شتيمة واحد من آحاد المسلمين مسقطة للعدالة فشتيمتهم أولى ولا عدالة لصاحب المعصية لقوله عليه الصلاة والسلام ليس منا من مات على المعصية وقال عليه الصلاة والسلام من مات على المعصية فهو كحمار نزع

بدينه فكانت المعصية معصية مسقطة للعدالة والاصل في هذا الفصل أن من ارتكب جريمة فان كانت من الكبائر سقطت عدالته الا أن يتوب فان لم تكن من الكبائر فان أصر عليها واعتاد ذلك فكذلك لان الصغيرة بالاصرار عليها تصير كبيرة قال عليه الصلاة والسلام لا صغيرة مع الاصرار ولا كبيرة مع الاستغفار وان لم يصر عليها لا تسقط عدالته اذا غلبت حسناته سيآته وأما بيان صفة العدالة المشروطة فقد اختلف أصحابنا رحمهم الله قال أبو حنيفة رضي الله عنه الشرط هو العدالة الظاهرة فاما العدالة الحقيقية وهي الثابتة بالسؤال عن حال الشهود بالتعديل والتزكية فليست بشرط وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله انها شرط ولقب المسئلة أن القضاء بظاهر العدالة جائز عنده وعندهما لا يجوز وجملة الكلام فيه أنه لا خلاف في أنه اذا طعن الخصم في الشاهد انه لا يكتفي بظاهر العدالة بل يسأل القاضي عن حال الشهود وكذا لا خلاف في أنه يسأل عن حالهم في الحدود والقصاص ولا يكتفي بالعدالة الظاهرة سواء طعن الخصم فيهم أو لم يطعن واختلفوا فيما سوى الحدود والقصاص اذا لم يطعن الخصم قال أبو حنيفة رحمه الله لا يسأل وقالا يسأل عن مشايخنا من قال هذا الاختلاف اختلاف زمان لا اختلاف حقيقة لان زمن أبي حنيفة رحمه الله كان من أهل خير وصلاح لانه زمن التابعين وقد شهد لهم النبي عليه الصلاة والسلام بالخيرية بقوله خير القرون قرني الذي أنا فيه ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يفشو الكذب الحديث فكان الغالب في أهل زمانه الصلاح والسداد فوقعت الغنية عن السؤال عن حالهم في السر ثم تغير الزمان وظهر الفساد في قرنهما فوقعت الحاجة الى السؤال عن العدالة فكان اختلاف جوابهم لاختلاف الزمان فلا يكون اختلافا حقيقة ومنهم من حقق الخلاف (وجه) قولهما ان العدالة الظاهرة تصلح للدفع لا للاثبات لثبوتها باستصحاب الحال دون الدليل والحاجة ههنا الى الاثبات وهو ايجاب القضاء والظاهر لا يصلح حجة له فلا بد من إثبات العدالة بدليلها ولابي حنيفة ظاهر قوله عز وجل وكذلك جعلناكم أمة وسطا أي عدلا وصف الله سبحانه وتعالى مؤمني هذه الامة بالوساطة وهي العدالة وقال سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه عدول بعضهم على بعض فصارت العدالة أصلا في المؤمنين وزوالها بعارض ولان العدالة الحقيقية مما لا يمكن الوصول اليها فتعلق الحكم بالظاهر وقد ظهرت عدالتهم قبل السؤال عن حالهم فيجب الاكتفاء به الا أن يطعن الخصم لانه اذا طعن الخصم وهو صادق في الطعن فيقع التعارض بين الظاهرين فلا بد من الترجيح بالسؤال والسؤال في الحدود والقصاص طريق لدرئها والحدود يحتال فيها للدرء ولو طعن المشهود عليه في حرية الشاهدين وقال انهما رقيقان وقالا نحن حران فالقول قوله حتى تقوم لهما البينة على حريتهما لان الاصل في بني آدم وان كان هو الحرية لكونهم أولاد آدم وحواء عليهما الصلاة والسلام وهما حران لكن الثابت بحكم استصحاب الحال لا يصلح للالزام على الخصم ولا بد من اثباتها بالدلائل والاصل فيه أن الناس كلهم أحرار الا في أربعة الشهادات والحدود والقصاص والعقل هذا اذا كانا مجهولي النسب لم تعرف حريتهما ولم تكن ظاهرة مشهورة بان كانا من الهند أو الترك أو غيرهم ممن لا تعرف حريته أو كانا عربيين فاما اذا لم يكونا ممن يجري عليه الرق فالقول قولهما ولا يثبت رقهما الا بالبينة وأما بيان ان العدالة شرط قبول أصل الشهادة وجودا أم شرط القبول مطلقا وجوبا ووجودا فقد اختلف فيه قال أصحابنا رحمهم الله انها شرط القبول للشهادة وجودا على الاطلاق ووجوبا لا شرط أصل القبول حتى يثبت القبول بدونه وقال الشافعي عليه الرحمة انها شرط أصل القبول لا يثبت القبول أصلا دونها حتى ان القاضي لو تحرى الصدق في شهادة الفاسق يجوز له قبول شهادته ولا يجوز القبول من غير تحر بالاجماع وكذا لا يجب عليه القبول بالاجماع وله أن يقبل شهادة العدل من غير تحر واذا شهد يجب عليه القبول وهذا هو الفصل بين شهادة العدل وبين شهادة الفاسق عندنا وعند الشافعي عليه الرحمة لا يجوز للقاضي أن يقضي بشهادة الفاسق أصلا وكذا ينعقد النكاح بشهادة الفاسقين عندنا وعنده لا ينعقد (وجه) قول الشافعي رحمه الله أن مبنى قبول الشهادات على الصدق ولا يظهر الصدق الا بالعدالة لان خبر من ليس بمعصوم عن الكذب يحتمل الصدق

والكذب

والكذب ولا يقع الترجيح الا بالعدالة واحتج فى انعقاد النكاح بقوله عليه الصلاة والسلام لا نكاح الا بولى وشاهدى عدل (ولنا) عمومات قوله تعالى واستشهد واشهيدين من رجالكم وقوله عليه الصلاة والسلام لا نكاح الا بشهود والفاسق شاهد لقوله سبحانه وتعالى ممن ترضون من الشهداء قسم الشهود الى مرضيين وغير مرضيين فيدل على كون غير المرضى وهو الفاسق شاهداً ولان حضرة الشهود فى باب النكاح لدفع تهمة الزنا لا للحاجة الى شهادتهم عند الجحود والانكار لان النكاح يشتهر بعد وقوعه فيمكن دفع الجحود والانكار بالشهادة بالتسامع والتهمة تندفع بحضرة الفاسق فينعقد النكاح بحضرتهم وأما قوله الركن فى الشهادة هو صدق الشاهد فنعم لكن الصدق لا يقف على العدالة لا محالة فان من الفسقة من لا يبالى بارتكابه أنواع من الفسق ويستنكف عن الكذب والكلام فى فاسق تحرى القاضى الصدق فى شهادته فغلب على ظنه صدقه ولو لم يكن كذلك لا يجوز القضاء بشهادته عندنا وأما الحديث فقد روى عن بعض نقلة الحديث أنه قال لم يثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولن يثبت فلا حجة له فيه بل هو حجة عليه لانه ليس فيه جعل العدالة صفة للشاهد لانه لو كان كذلك لقال لا نكاح الا بولى وشاهدين عدلين بل هذا اضافة الشاهدين الى العدل وهو كلمة التوحيد فكانه قال عليه الصلاة والسلام لا نكاح الا بولى مقابلى كلمة العدل وهى كلمة الاسلام والفاسق مسلم فينعقد النكاح بحضرته ومنها أن لا يكون محدوداً فى قذف عندنا وهو شرط الاداء وعند الشافعى رحمه الله ليس بشرط واحتج بعمومات الشهادة من غير فصل لان المانع هو الفسق بالقذف وقد زال بالتوبة (ولنا) قوله تعالى جل وعلا والذين يرمون المحصنات الآية نهى سبحانه وتعالى عن قبول شهادة الرامى على التأبيد فيتناول زمان ما بعد التوبة وبه تبين أن المحدود فى القذف مخصوص من عمومات الشهادة عملا بالنصوص كلها صيانة لها عن التناقض وكذلك الذمى اذا قذف مسلما فحد حد القذف لا تقبل شهادته على أهل الذمة فان أسلم جازت شهادته عليهم وعلى المسلمين وعلى العبد المسلم اذا قذف حراً ثم حد حد القذف ثم عتق لا تقبل شهادته أبداً وان أعتق (ووجه) الفرق أن اقامة الحد توجب بطلان شهادة كانت للقاذف قبل الاقامة والثابت للذمى قبل اقامة الحد شهادته على أهل الذمة لا على أهل الاسلام فتبطل تلك الشهادة باقامة الحد فاذا أسلم فقد حدثت له بالاسلام شهادة غير مردودة وهى شهادته على أهل الاسلام لانها لم تكن له لتبطل بالحد فتقبل هذه الشهادة ثم من ضرورة قبول شهادته على أهل الاسلام قبول شهادته على أهل الذمة بخلاف العبد لان العبد من أهل الشهادة وان لم تكن له شهادة مقبولة لان له عدالة الاسلام والحد أبطل ذلك على التأبيد ولو ضرب الذمى بعض الحد فاسلم ثم ضرب الباقى تقبل شهادته لان المبطل للشهادة اقامة الحد فى حالة الاسلام ولم توجد لان الحد اسم للكل فلا يكون البعض حداً لان الحد لا يتجزأ وهذا جواب ظاهر الرواية وذكر الفقيه أبو الليث عليه الرحمة روايتين اخريين فقال فى رواية لا تقبل شهادته وفى رواية تقبل شهادته ولو ضرب سوطاً واحداً فى الاسلام لان السياط المتقدمة توقف كونها حداً على وجود السوط الاخير وقد وجد كمال الحد فى حالة الاسلام وفى رواية اعتبر الاكثر ان وجد أكثر الحد فى حال الاسلام تبطل شهادته والا فلا لان للاكثر حكم الكل فى الشرع والصحيح جواب ظاهر الرواية لما ذكرنا أن الحد اسم للكل وعند ضرب السوط الاخير تبين أن السياط كلها كانت حدا ولم يوجد الكل فى حال الاسلام بل البعض فلا ترد به الشهادة الحادثة بالاسلام هذا اذا شهد بعد اقامة الحد وبعد التوبة فاما اذا شهد بعد التوبة قبل اقامة الحد فتقبل شهادته بالاجماع ولو شهد بعد اقامة الحد قبل التوبة لا تقبل شهادته بالاجماع ولو شهد قبل التوبة وقبل اقامة الحد فهى مسألة شهادة الفاسق وقد مرت وأما النكاح بحضرة المحدودين فى القذف فينعقد بالاجماع أما عند الشافعى رحمه الله فلان له شهادة أداء فكانت له شهادة سماعا وأما عندنا فلان حضرة الشهود لدى النكاح ليست لدفع الجحود والانكار لاندفاع الحاجة بالشهادة بالتسامع بل لرفع ريبة الزنا والتهمة به وذا يحصل بحضرة المحدودين فى القذف فينعقد النكاح بحضرتهم ولا تقبل شهادتهم للنهى عن القبول والانعقاد ينفصل

عن القبول فى الجملة وأما المحدود فى الزنا والسرقة والشرب فتقبل شهادته بالاجماع اذا تاب لانه صار عدلا والقياس أن تقبل شهادة المحدود فى القذف اذا تاب لولا النص الخاص بعدم القبول على التأبيد ومنها أن لا يجر الشاهد الى نفسه مغنما ولا يدفع عن نفسه مغرما بشهادته لقوله عليه الصلاة والسلام لا شهادة لجار المغنم ولا لدافع المغرم ولان شهادته اذا تضمنت معنى النفع والدفع فقد صار متهما ولا شهادة للمتهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه اذا جر النفع الى نفسه بشهادته لم تقع شهادته لله تعالى عز وجل بل لنفسه فلا تقبل وعلى هذا تخرج شهادة الوالد وان علا لولده وان سفل وعكسه أنها غير مقبولة لان الوالدين والمولودين ينتفع البعض بمال البعض عادة فيتحقق معنى جر النفع والتهمة والشهادة لنفسه فلا تقبل وذكر الخصاف رحمه الله فى أدب القاضى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال لا تقبل شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا السيد لعبده ولا العبد لسيده ولا الزوجة لزوجها ولا الزوج لزوجته وأما سائر القرابات كالاخ والعم والخال ونحوهم فتقبل شهادة بعضهم لبعض لان هؤلاء ليس لبعضهم تسلط فى مال البعض عرفا وعادة فالتحقوا بالاجانب وكذا تقبل شهادة الوالد من الرضاع لولده من الرضاع وشهادة الولد من الرضاع لوالده من الرضاع لان العادة ما جرت بانتفاع هؤلاء بعضهم بمال البعض فكانوا كالاجانب ولا تقبل شهادة المولى لعبده ولا شهادة العبد لمولاه لما قلنا وأما شهادة أحد الزوجين لصاحبه فلا تقبل عندنا وعند الشافعى رحمه الله تقبل واحتج بعمومات الشهادة من غير تخصيص نحو قوله تعالى جل وعلا واستشهدوا شهيدين من رجالكم وقوله عز شأنه وأشهدوا ذوى عدل منكم وقوله عظمت كبرياؤه ممن ترضون من الشهداء من غير فصل بين عدل وعدل ومرضى ومرضى (ولنا) ما روينا من النصوص من قوله عليه الصلاة والسلام لا شهادة لجار المغنم ولا شهادة للمتهم وأحد الزوجين بشهادته للزوج الآخر يجر المغنم الى نفسه لانه ينتفع بمال صاحبه عادة فكان شاهدا لنفسه لما روينا من حديث الخصاف رحمه الله وأما العمومات فنقول بموجبها لكن لم قلتم ان أحد الزوجين فى الشهادة لصاحبه عدل ومرضى بل هو مائل ومتهم لما قلنا لا يكون شاهدا فلا تتناوله العمومات وكذا لا تقبل شهادة الاجير له فى الحادثة التى استأجره فيها لما فيه من تهمة جر النفع الى نفسه ولا تقبل شهادة أحد الشريكين لصاحبه فى مال الشركة ولو شهد رجلان لرجلين على الميت بدين ألف درهم ثم شهد المشهود لهما للشاهدين على الميت بدين ألف درهم فشهادة الفريقين باطلة عند أبى حنيفة عليه الرحمة وأبى يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله جائزة وعلى هذا الخلاف لو شهدا أن الميت أوصى لهما بالثلث وشهد المشهود لهما أن الميت أوصى للشاهدين بالثلث ولو شهدا أن الميت غصبهما دارا أو عبدا وشهد المشهود لهما للشاهدين بدين ألف درهم فشهادة الفريقين جائزة بالاجماع لمحمد رحمه الله أن كل فريق يشهد لغيره لا لنفسه فلا يكون متهما فى شهادته ولهما أن ما يأخذه كل فريق فالفريق الآخر يشاركه فيه فكان كل فريق شاهدا لنفسه بخلاف ما اذا اختلف جنس المشهود به لان ثمة معنى الشركة لا يتحقق ومنها أن لا يكون خصما لقوله عليه الصلاة والسلام لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين ولانه اذا كان خصما فشهادته تقع لنفسه فلا تقبل وعلى هذا تخرج شهادة الوصى للميت واليتيم الذى فى حجره لانه خصم فيه وكذا شهادة الوكيل لموكله لما قلنا ومنها أن يكون عالما بالمشهود به وقت الاداء ذاكرا له عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما ليس بشرط حتى انه لو رأى اسمه وخطه وخاتمه فى الكتاب لكنه لا يذكر الشهادة لا يحل له أن يشهد ولو شهد وعلم القاضى به لا تقبل شهادته عنده وعندهما له أن يشهد ولو شهد تقبل شهادته (وجه) قولهما انه لما رأى اسمه وخطه وخاتمه على الصك دل أنه تحمل الشهادة وهى معلومة فى الصك فيحل له أداؤها واذا أداها تقبل ولان النسيان أمر جبل عليه الانسان خصوصا عند طول المدة بالشئ لان طول المدة ينسى فلو شرط تذكر الحادثة لاداء الشهادة لانسد باب الشهادة فيؤدى الى تضييع الحقوق وهذا لا يجوز ولابى حنيفة رحمه الله قوله تعالى جل شأنه ولا تقف ما ليس لك به علم وقوله عليه الصلاة والسلام لشاهد اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا

فدع

فدع ولا اعتماد على الخط والختم لان الخط يشبه الخط والختم يشبه الختم ويجرى فيه الاحتيال والتزوير مع ما أن الخط للتذكر فخط لا يذكر وجوده وعدمه بمنزلة واحدة وعلى هذا الخلاف اذا وجد القاضى فى ديوانه شيأ لا يذكره ودیوانه تحت ختمه أنه لا يعمل به عنده وعندهما يعمل اذا كان تحت ختمه وعلى هذا الخلاف اذا عزل القاضى ثم استقضى بعد ما عزل فأراد أن يعمل بشئ مما يرى فى ديوانه الاول ولم يذكر ذلك ليس له ذلك عنده وعندهما له ذلك والله تعالى أعلم (وأما) الشرائط التى ترجع الى نفس الشهادة فأنواع منها لفظ الشهادة فلا تقبل بغيرها من الالفاظ كلفظ الاخبار والاعلام ونحوهما وان كان يؤدى معنى الشهادة تعبدا غير معقول المعنى ومنها أن تكون موافقة للدعوى فيما يشترط فيه الدعوى فان خالفتها لا تقبل الا اذا وفق المدعى بين الدعوى وبين الشهادة عند امكان التوفيق لان الشهادة اذا خالفت الدعوى فيما يشترط فيه الدعوى وتعذر التوفيق انفردت عن الدعوى والشهادة المنفردة عن الدعوى فيما يشترط فيه الدعوى غير مقبولة وبيان ذلك فى مسائل اذا ادعى ملكا بسبب ثم أقام البينة على ملك مطلق لا تقبل وبمثله لو ادعى ملكا مطلقا ثم أقام البينة على الملك بسبب تقبل (ووجه) الفرق ان الملك المطلق أعم من الملك بسبب لانه يظهر من الاصل حتى تستحق به الزوائد والملك بسبب يقتصر على وقت وجود السبب فكان الملك المطلق أعم فصار المدعى باقامة البينة على الملك المطلق مكذبا شهوده فى بعض ما شهدوا به والتوفيق متعذر لان الملك من الاصل ينافى الملك الحادث بسبب لاستحالة ثبوتهما معاً فى محل واحد بخلاف ما اذا ادعى الملك المطلق ثم أقام البينة على الملك بسبب لان الملك بسبب أخص من الملك المطلق على ما بينا فقد شهدوا باقل مما ادعى فلم يصر المدعى مكذبا شهوده بل صدقهم فيما شهدوا به وادعى زيادة شئ لا شهادة لهم عليه وصار كما لو ادعى ألفا وخمسمائة فشهد الشهود على ألف انه تقبل البينة على الالف لما قلنا كذا هذا ولو ادعى الملك بسبب معين ثم أقام البينة على الملك بسبب آخر بان ادعى دارا فى يد رجل انه ورثها من أبيه ثم أقام البينة على الملك انه اشتراها من صاحب اليد أو وهبها له أو تصدق بها عليه وقبض أو ادعى الشراء أو الهبة أو الصدقة ثم أقام البينة على الارث لا تقبل بينته لان الشهادة خالفت الدعوى لاختلاف البينتين صورة ومعنى أما الصورة فلا شك فيها وأما المعنى فلان حكم البينتين يختلف فلا يقبل الا اذا وفق بين الدعوى والشهادة فقال كنت اشتريت منه لكنه جحد فى الشراء وعجزت عن اثباته فاستوهبت منه فوهب منى وقبضت وأعاد البينة تقبل لانه اذا وفق فقد زالت المخالفة وظهر انه لم يكذب شهوده ويصير هذا فى الحقيقة ابتداء ولهذا يجب عليه اعادة البينة لتقع الشهادة عند الدعوى وكذا اذا وفق فقال ورثته من أبى الا أنه جحد ارثى فاشتريت منه أو وهب لى فانها تقبل لزوال التناقض والاختلاف بين الدعوى والشهادة ولو ادعى الشراء بعد هذا وأقام البينة على الشراء بالف درهم لا تقبل لان البدل قد اختلف واختلاف البدل يوجب اختلاف العقد فقد قامت البينة على عقد آخر غير ما ادعاه المدعى فلا تقبل الا اذا وفق المدعى فقال اشتريت بالعبد الا انه جحد فى الشراء به فاشتريته بعد ذلك بالف درهم فتقبل لزوال المخالفة وهذا اذا كان دعوى التوفيق فى مجلس آخر بان قام عن مجلس الحكم ثم جاء وادعى التوفيق فاما اذا لم يقم عن مجلس الحكم فدعوى التوفيق غير مسموعة ولو ادعى انه له ثم أقام البينة على انه لفلان وكله بالخصومة فيه تقبل بينته وبمثله لو ادعى انه لفلان وكلنى بالخصومة فيه ثم أقام البينة على انه له لا تقبل ووجه الفرق ان قوله أولا انه لى لا ينفى قوله انه لفلان وكلنى بالخصومة فيه لجواز ان يكون له بحق الخصومة والمطالبة ولغيره بحق الملك فكان التوفيق ممكنا فقبلت البينة بخلاف الفصل الثانى لان قوله هو لفلان وكلنى بالخصومة فيه ينفى قوله بعد ذلك هو لى لانه صرح بان الملك فيه لفلان وانه وكيل بالخصومة فيه بقوله انه لفلان وكلنى بالخصومة فيه فكان قوله بعد ذلك هو لى اقراراً منه بالملك لنفسه فكان مناقضاً فلا تقبل ولو ادعى انه لفلان وكلنى بالخصومة فيه ثم أقام البينة على انه لفلان آخر وكلنى بالخصومة فيه لا تقبل لان قوله أولا انه لفلان

وكلني بالخصومة فيه كما ينفي قوله انه لي ينفي قوله انه لفلان آخر وكلني بالخصومة فيه فلا تقبل الا اذا وفق فقال ان الموكل الاول باع من الموكل الثاني ثم وكلني الثاني بالخصومة فيقبل لزوال المناقضة ولو ادعى في ذي القعدة انه اشترى منه هذه الدار في شهر رمضان بالف ونقده الثمن ثم أقام البينة على أنه تصدق بالدار على المدعي في شعبان لا تقبل بينته لان دعوى التصدق في شعبان تنافي الشراء في شهر رمضان لاستحالة شراء الانسان ملك نفسه والتوفيق غير ممكن فلا تقبل وان أقام البينة على التصدق في شوال ووفق فقال جحدني الشراء ثم تصدق بها علي تقبل ولو ادعى داراً في يدي رجل انها له وأقام البينة على أنها كانت في يد المدعي بالامس لا تقبل وعن أبي يوسف انها تقبل ويؤمر بالرد اليه ولو أقام صاحب اليد البينة على انها كانت ملكا للمدعي تقبل بالاجماع (وجه) قول أبي يوسف رحمه الله ان البينة لما قامت على انها ما كانت في يده فالاصل في الثابت بقاؤه ولهذا قبلت البينة على ملك كان ولان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو ثبت بالمعاينة أو بالاقرار انه كان في يده بالامس يؤمر بالرد اليه كذا هذا (وجه) ظاهر الرواية ان الشهادة قامت على يد كانت فلا يثبت الكون للحال الا بحكم استصحاب الحال وانه لا يصلح للالزام ولان اليد قد تكون محقة وقد تكون مبطلة وقد تكون يد ملك وقد تكون يد أمانة فكانت محتملة والمحتمل لا يصلح حجة بخلاف الملك والمعاينة وبخلاف الاقرار لانه حجة بنفسه والبينة ليست بحجة بنفسها بل بقضاء القاضي ولا وجه للقضاء بالمحتمل ولو أقام البينة انها كانت في يده بالامس فاخذها هذا منه أو غصبها أو أودعه أو أعاره تقبل ويقضى للخارج لانه علم بالبينة انه تلقى اليد من جهة الخارج فيؤمر بالرد اليه وعلى هذا يخرج ما اذا ادعى داراً في يد رجل أنه ورثها من أبيه وأقام البينة على انها كانت لابيه فنقول هذا لا يخلو من أربعة أوجه اما ان شهدوا ان الدار كانت لابيه ولم يقولوا مات وتركها ميراثا له واما ان قالوا انها كانت لابيه مات وتركها ميراثاً له واما ان قالوا انها كانت في يد أبيه يوم الموت واما ان أثبتوا من أبيه فعلا فيها عند موته أما الوجه الاول فعلى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا تقبل الشهادة وعلى قول أبي يوسف تقبل وكذا لو شهد وانها كانت لابيه مات قبلها لا تقبل قالوا يجب ان يكون هذا على قولهما أما على قول أبي يوسف على ما روى عنه في الامالي ينبغي أن تقبل (وجه) قوله ان الملك متى ثبت لابيه بشهادتهم فالاصل فيما ثبت يبقى الى ان يوجد المزيل فصار كما لو شهدوا انها كانت لابيه يوم الموت أيضاً (وجه) قولهما ان الشهادة خالفت الدعوى لان المدعي ادعى ملكا كائنا والشهادة وقعت بملك كان لا بملك كائن فكانت الشهادة مخالفة للدعوى فلا يقبل قوله ما ثبت يبقى قلنا نعم لكن لا حكماً لدليل الثبوت لان دليل الثبوت لا يتعرض للبقاء وانما البقاء بحكم استصحاب الحال وانه لا يصلح حجة للاستحقاق ولو شهدوا انها كانت لجده فعندهما لا يقضى بها ما لم يشهدوا بالميراث بان يقولوا مات جده وتركها لابيه ثم مات أبوه وتركها ميراثا له وعند أبي يوسف ينظر ان علم ان الجد مات قبل الاب يقضى بها له وان علم ان الاب مات قبل الجد أو لم يعلم لم يقض بها ولو شهدوا انها لابيه لا يقضى بها له منهم من قال هذا على الاتفاق ومنهم من قال هو على الخلاف الذي ذكرنا وهو الصحيح فانه روى عن أبي يوسف انها تقبل وأما الوجه الثاني وهو ما اذا شهدوا انها كانت لابيه مات وتركها ميراثا له فلا شك ان هذه الشهادة مقبولة لانهم شهدوا بالملك الموروث عند الموت والترك ميراثاً له وهو تفسير الملك الموروث وأما الوجه الثالث وهو ما اذا شهدوا انها كانت في يده يوم الموت فالشهادة مقبولة لان مطلق اليد من الاصل يحمل على يد المالك فكانت الشهادة بيد قائمة عند الموت شهادة بملك قائم عند الموت فاذا مات فقد ترك فثبت الملك له في المتروك اذ هو تفسير الملك الموروث ولان يده ان كانت يد ملك كان الملك ثابتاً للمورث عند الموت وان كانت يد أمانة انتقلت يد ملك اذا مات مجهلا لان التجهيل عند الموت سبب لوجوب الضمان ووجوب الضمان سبب لثبوت الملك في المضمون عندنا وأما الوجه الرابع وهو ما اذا ثبت ليد المشهود من الاب فعلا في العين عند الموت فهذا على وجهين اما ان يكون ذلك فعلا هو دليل اليد واما ان يكون فعلا ليس هو دليل اليد والفعل

الذى هو دليل اليد هو فعل لا يتصور وجوده بدون النقل فى النقليات كاللبس والحمل او فعل يوجد للنقل عادة كالركوب فى الدواب أو فعلا يوجد فى الغالب من الملاك فيما لا يقبل النقل لا من غيرهم كالسكنى فى الدور والفعل الذى ليس بدليل اليد هو فعل ثبت فى النقليات من غير نقل ولا يكون حصوله للنقل عادة كالجلوس على البساط أو فعل ليس بفعل للملاك غالباً فيما لا يقبل كالنوم والجلوس فى الدار وأشباه ذلك فان كان فعلا هو دليل اليد تقبل الشهادة القائمة على ثبوته عند موت الاب لان الشهادة القائمة على ما هو دليل اليد عند الموت قائمة على اليد عند الموت وان كان فعلا ليس بدليل اليد لا تقبل الشهادة لانه لم يوجد دليل اليد التى هى دلالة الملك وعلى هذا يخرج ما اذا اقام المدعى البينة ان أباه مات فى هذه الدار انها لا تقبل لانه لم توجد الشهادة على اليد الدالة على الملك ولا على فعل دال على اليد ولا على فعل هو فعل الملاك غالباً لان الدار قد يموت فيها المالك وقد يموت فيها غير المالك من الزوار والضيف ونحوه ولو شهدوا انه مات وهو لابس هذا القميص أو لابس هذا الخاتم تقبل لان لبس القميص والخاتم فعل لا يتصور بدون النقل فكان دليلا على اليد عند الموت أطلق محمد رحمه الله فى الجامع الجواب فى الخاتم ومنهم من حمل جواب الكتاب على ما اذا كان الخاتم فى خنصره أو بنصره يوم الموت وزعم انه اذا كان فيما سواهما من الاصابع لا تقبل الشهادة لان استعمال الملاك فى الخاتم هذا عادة فكانت الشهادة القائمة عليه قائمة على اليد فاما جعله فيما سواهما من الاصابع من الملاك فهو ليس بمعتاد فلا يكون ذلك استعمال الخاتم فلا يكون دليل اليد ولهذا قالوا لو جعل المودع الخاتم فى خنصره او بنصره فضاع من يده يضمن لما انه استعمله ولو جعله فيما سواهما الاصابع فضاع لا يضمن لما ان ذلك حفظ وليس باستعمال والصحيح اطلاق جواب الكتاب لان فعله كيف ما كان لا يتصور بدون النقل فكان دليلا على اليد ولو شهدوا انه مات وهو جالس على هذا البساط أو على هذا الفراش او نائم عليه لا تقبل لان هذه الافعال تتصور من غير نقل ولا تفعل للنقل عادة فلم يكن دليل اليد فان قيل اليس انه لو تنازع اثنان فى بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلق به انه يكون بينهما نصفين وهذا دليل ثبوت يديهما عليه قيل له انما قضى به بينهما نصفين لدعواهما انه فى يديهما لا لثبوت اليد لان الجلوس عليه والتعلق به كل واحد منهما يتحقق بدون النقل ولا يوجد ان النقل غالباً على ما بينا فلا يكون دليل اليد ولو شهدوا انه مات وهو راكب على هذه الدابة تقبل ويقضى بالدابة للوارث لان الركوب وان كان يتهيأ بدون نقل الدابة الا انه لا يفعل عادة الا للنقل فكان دليل اليد ولو شهدوا أنه مات وهو ساكن هذه الدار تقبل ويقضى للوارث (وروى) عن أبى يوسف انه لا تقبل ولا يقضى (ووجهه) ان فعل السكنى فى الدار كما يوجد من الملاك يوجد من غيرهم فلا يصلح دليلا على اليد والصحيح جواب ظاهر الرواية لان السكنى فعل يوجد فى الغالب من الملاك لا من غيرهم هذا هو المعتاد فيما بين الناس فيحمل المطلق عليه ولو شهدوا انه مات وهذا الثوب موضوع على رأسه ولم يشهدوا انه كان حاملا له لا تقبل ولا يستحق المدعى بهذا شيئاً لانه يحتمل انه وضعه بنفسه أو وضعه غيره و يحتمل انه وقع عليه من غير صنع أحد بان هبت ريح به فالقته على رأسه فوقع الشك فى النقل منه فلا يثبت النقل منه بالشك فلا تثبت اليد بالشك ثم نقول اذا شهد الشهود انها كانت لابيه مات وتركها ميراثاً للورثة فلا يخلو اما ان قالوا هذا وارثه لا وارث له غيره واما ان قالوا هو وارثه لا نعلم ان له وارثاً غيره واما ان قالوا هو وارثه ولم يقولوا الا وارث له غيره ولا قالوا الا نعلم له وارثاً غيره فاما الوجه الاول وهو ما اذا قالوا هو وارثه لا وارث له غيره فانه تقبل شهادتهم استحساناً والقياس ان لا تقبل لانها كشهادة على ما لا علم للشاهد به لاحتمال ان يكون له وارث لا يعلمه وقد قال عليه والسلام للشاهد اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع (وجه) الاستحسان ان قولهم لا وارث له غيره معناه فى متعارف الناس وعاداتهم لا نعلم له وارثاً غيره أو لا وارث له غيره فى علمنا ولو نص على ذلك لقبلت شهادتهم فكذا هذا والله سبحانه أعلم (وأما) الوجه الثانى وهو ما اذا قالوا هو وارثه لا نعلم له وارثاً غيره

تقبل شهادتهم عند عامة العلماء رضي الله عنهم وقال ابن أبي ليلى رحمه الله لا تقبل حتى يقولوا لا وارث له غيره لانهم لو لم يقولوا لا وارث له غيره احتمل ان يكون له وارث غيره لا يعلمونه والصحيح قول العامه لان الشاهد انما تحل له الشهادة بما في علمه ونفي وارث آخر ليس في علمه فلا تحل له الشهادة به الا على اعتبار ما في علمه على ما ذكرنا ولو قالوا لا نعلم له وارثاً غيره في هذا المصر أو في أرض كذا تقبل عند أبي حنيفة وعندهما لا تقبل (وجه) قولهما ان قولهم لا نعلم له وارثاً غيره في هذا المصر لا ينفي وارثا غيره لجواز ان يكون له وارث آخر في مصر آخر ولابي حنيفة رحمه الله انه لو كان له وارث آخر في موضع آخر لعلموه لان وارث الانسان لا يخفى على أهل بلده عادة فكان التخصيص والتعميم فيه سواء ثم اذا شهدوا انه وارثه لا وارث له غيره أو شهدوا انه وارثه لا نعلم له وارثا غيره أو لا نعلم له وارثا غيره في هذا المصر على مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه فانه يدفع كل التركة اليه سواء كان الوارث ممن لا يحتمل الحجب كالابن والاب والام ونحوهم أو يحتمله كالاخ والاخت والجد ونحوهم لانه تعين وارثاله فيدفع اليه جميع الميراث الا اذا كان زوجا اوزوجة فلا يعطى الا أكثر نصيبه فلا يعطى الزوج الا النصف ولا تعطى المرأة الا الربع لانهما لا يستحقان من الميراث أكثر من ذلك لانه لا يرد عليهما وفي هذين الموضعين لا يؤخذ من الوارث كفيل بالاجماع وأما الوجه الثالث وهو ما اذا شهدوا انه وارثه ولم يقولوا لا وارث له غيره ولا قالوا لا نعلم له وارثا غيره فانه ينظر ان كان ممن يحتمل الحجب لا يدفع اليه شيء لجواز ان يكون ثمة حاجب فان كان لا يعطى وان لم يكن يعطى بالشك وان كان ممن لا يحتمل الحجب يدفع اليه جميع المال الا الزوج والزوجة فانه لا يدفع اليهما الا نصيبهما وهو أكثر النصيبين عند محمد رحمه الله للزوج النصف وللمرأة الربع وعند أبي يوسف رحمه الله أقل النصيبين للزوج الربع وللمرأة الثمن في ظاهر الرواية عنه (وجه) قول محمد رحمه الله ان النقصان عن أكثر النصيبين باعتبار المزاحمة وفي وجود المزاحم شك فلا يثبت النقصان بالشك ولابي يوسف رحمه الله ان الاقل ثابت بيقين وفي الزيادة شك فلا تثبت الزيادة بالشك وروى عنه رواية أخرى أن للزوج الربع وللمرأة ربع الثمن لجواز ان يكون له أربع نسوة فيكون لها ربع الثمن لانه ثابت بيقين وفي الزيادة شك وروى عنه أصحاب الاملاء وللزوج الخمس وللمرأة ربع التسع أما الزوج فلان من الجائز ان يكون للمرأة ابوان و بنتان وزوج أصل المسئلة من اثني عشر للابوين السدسان أربعة وللبنتين الثلثان ثمانية وللزوج الربع ثلاثة فعالت بثلاثة اسهم فصارت الفريضة من خمسة عشر وثلاثة من خمسة عشر خمسها فذلك للزوج وأما المرأة فلان من الجائز ان يكون للميت أبوان و بنتان وزوجة أصل المرأة من أربعة وعشرين للابوين السدسان ثمانية وللبنتين الثلثان ستة عشر وللزوجة الثمن ثلاثة فعالت بثلاثة أسهم فصارت الفريضة سبعة وعشرين وثلاثة من سبعة وعشرين تسعها ثم من الجائز ان يكون معها ثلاثة أخرى فيكن أربع زوجات فيكون لها ربع التسع وثلاثة على أربعة لا تستقيم فتضرب أربعة في تسعة و يكون ستة وثلاثين سهما تسعها أربعة فلها من ذلك سهم وهو ربع التسع وهو سهم من ستة وثلاثين سهما ثم في هذا الوجه الثالث اذا كان الوارث ممن لا يحتمل الحجب ودفع المال اليه هل يؤخذ منه كفيل قال أبو حنيفة عليه الرحمة لا يؤخذ وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يؤخذ (وجه) قولهما ان أخذ الكفيل لصيانة الحق والحاجة مست الى الصيانة لاحتمال ظهور وارث آخر فيؤخذ الكفيل نظراً للوارث كما في رد الآبق واللقطة الى صاحبها ولابي حنيفة رحمه الله ان حق الحاضر للحال ثابت بيقين وفي ثبوت الحق لوارث آخر شك لانه قد يظهر وارث آخر وقد لا يظهر فلا يجوز تعطيل الحق الثابت بيقين لحق مشكوك فيه مع ما ان المكفول له مجهول والكفالة للمجهول غير صحيحة وانما أخذ الكفيل بتسليم الآبق واللقطة فقد قيل انه قولهما الا ان في المسئلة روايتان فاما عند أبي حنيفة رحمه الله فلا يؤخذ الكفيل على انا سلمنا فتلك كفالة لمعلوم لا لمجهول لان الراد انما يأخذ الكفيل لنفسه كيلا يلزمه الضمان فلم تكن كفالة لمجهول وذكر أبو حنيفة رحمه الله هذه المسئلة في الجامع الصغير

وقال

وقال هذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم أرأيت لو لم يجد كفيلا كنت أمنعه حقه دلت تسميته أخذ الكفيل ظلماً على ان مذهبه ان ليس كل مجتهد مصيباً اذ الصواب لا يحتمل ان يكون ظلماً فدلت المسألة على براءة ساحته عن لوث الاعتزال بحمد الله ومنه وأما الذي يرجع الى المشهود به فمنها ان تكون الشهادة بمعلوم فان كانت بمجهول لم تقبل لان علم القاضي بالمشهود به شرط صحة قضائه فما لم يعلم لا يمكنه القضاء به وعلى هذا يخرج ما اذا شهد رجلان عند القاضي ان فلاناً وارث هذا الميت لا وارث له غيره انه لا تقبل شهادتهما لانهما شهدا بمجهول لجهالة الوارث أسباب الوراثة واختلاف أحكامها فلا بد أن يقولوا ابنه ووارثه لا يعلمون له وارثاً غيره أو اخوه لابيه وأمه لا يعلمون له وارثا غيره وقوله لا يعلمون له وارثا غيره لئلا يتلوم القاضي لا لانه من الشهادة عند محمد رحمه الله لجنس هذه المسائل باباً في الزيادات يعرف ثمة ان شاء الله تعالى ومنها ان يكون المشهود به معلوما للشاهد عند أداء الشهادة حتى لو ظن لا تحل له الشهادة وان رأى خطه وختمه وأخبره الناس بما يتذكر بنفسه وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما ان رأى خطه وختمه له ان يشهد نحو ما تقدم من الخلاف والحجج من الجانبين وأما الذي يخص المكان فواحد وهو مجلس القاضي لان الشهادة لا تصير حجة ملزمة الا بقضاء القاضي فتختص بمجلس القضاء والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الشرائط التي تخص بعض الشهادات دون البعض فانواع أيضاً (منها) الدعوى في الشهادة القائمة على حقوق العباد من المدعي بنفسه أو نائبه لان الشهادة في هذا الباب شرعت لتحقيق قول المدعي ولا يتحقق قوله الا بدعواه اما بنفسه واما بنائبه وأما حقوق الله تبارك وتعالى فلا يشترط فيها الدعوى كاسباب الحرمات من الطلاق وغيره وأسباب الحدود الخالصة حقا لله تعالى الا انه شرطت الدعوى في باب السرقة لان كون المسروق ملكا لغير السارق شرط تحقق كون الفعل سرقة شرعا ولا يظهر ذلك الا بالدعوى فشرطت الدعوى لهذا واختلف في عتق العبد انه حق للعبد فتشترط فيه الدعوى أو حق لله تعالى فلا تشترط فيه الدعوى مع الاتفاق على ان عتق الامة حق لله تعالى لما علم من الخلاف في كتاب العتاق والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) العدد في الشهادة بما يطلع عليه الرجال لقوله تعالى فاستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان (وقوله) سبحانه وتعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء ولان الواجب على الشاهد اقامة الشهادة لله عز وجل الآية وهو قوله تعالى وأقيموا الشهادة لله تعالى وقوله تعالى كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولا تقع الشهادة لله الا وان تكون خالصة صافية عن جر النفع ومعلوم ان في الشهادة منفعة للشاهد من حيث التصديق لان من صدق قوله يتلذذ به فلو قبل قول الفرد لم تخل شهادته عن جر النفع الى نفسه فلا يخلص لله عز وجل فشرط العدد في الشهادة ليكون كل واحد مضافا الى قول صاحبه فتصفو الشهادة لله عز شأنه ولانه اذا كان فرداً يخاف عليه السهو والنسيان لان الانسان مطبوع على السهو والغفلة فشرط العدد في الشهادة ليذكر البعض البعض عند اعتراض السهو والغفلة كما قال الله تعالى في اقامة امرأتين مقام رجل في الشهادة ان تضل إحداهما فتذكر إحداهما أخرى ثم الشرط عدد المثنى في عموم الشهادات القائمة على ما يطلع عليه الرجال الا في الشهادة بالزنا فانه يشترط فيها عدد الاربعة لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء وقوله تعالى فان لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون ولان الشهادة في هذا الباب أحد نوعي الحجة فتعتبر بالنوع الآخر وهو الاقرار ثم عدد الاقارير الاربعة شرط ظهور الزنا عندنا فكذا عدد الشهود الاربعة بخلاف سائر الحدود فانه لا يشترط العدد في الاقرار لظهورها فكذا في الشهادة ولان عدد الاربعة في الزنا ثبت نصا بخلاف القياس لان خبر من ليس بمعصوم من الكذب لا يخلو عن احتمال الكذب وعدد الاربعة في احتمال الكذب مثل عدد المثنى ما لم يدخل في حد التواتر لكنا عرفناه شرطا بنص خاص معدولا به عن القياس فبقي سائر الابواب على أصل القياس واما فيما لا يطلع عليه الرجال كالولادة والعيوب الباطنة في النساء فالعدد فيه ليس

بشرط عندنا فتقبل فيه شهادة امرأة واحدة والثنتان أحوط وعند مالك والشافعي رحمهما الله ان العدد فيه شرط الا ان عند مالك رحمه الله يكتفى فيه بامرأتين وعند الشافعي رحمه الله لا بد من الاربع وجه قول مالك ان شهادة الرجال لما سقط اعتبارها في هذا الباب لمكان الضرورة وجب الاكتفاء بعددهم من النساء ووجه قول الشافعي رحمه الله ان الشرع أقام كل امرأتين في باب الشهادة مقام رجل واحد ثم لا يكتفى باقل من رجلين فلا يكتفى باقل من أربع نسوة (ولنا) ان شرط العدد في الشهادة في الاصل ثبت تعبداً غير معقول المعنى لان خبر من ليس بمعصوم عن الكذب لا يفيد العلم قطعاً ويقينا وانما يفيده غالب الرأي وأكثر الظن وهذا ثبت بخبر الواحد العدل ولهذا لم يشترط العدد في رواية الاخبار الا انا عرفنا العدد فيها شرطاً بالنص والنص ورد بالعدد في شهادة النساء في حالة مخصوصة وهي ان يكون معهن رجل بقوله تعالى عز شأنه فرجل وامرأتان فبقيت حالة الانفراد عن الرجال على أصل القياس وقد روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل شهادة القابلة على الولادة ولو شهد رجل واحد بالولادة يقبل لانه لما قبل شهادة امرأة واحدة فشهادة رجل واحد أولى والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها اتفاق الشهادتين فيما يشترط فيه العدد فان اختلفا لم تقبل لان اختلافهما يوجب اختلاف الدعوى والشهادة ولان عند اختلاف الشهادتين لم يوجد الا أحد شطرى الشهادة ولا يكتفى به فيما يشترط فيه العدد ثم نقول الاختلاف قد يكون في جنس المشهود به وقد يكون في قدره وقد يكون في الزمان وقد يكون في المكان وغير ذلك اما اختلافهما في الجنس فقد يكون في العقد وقد يكون في المال اما في العقد فهو ان يشهد أحدهما بالبيع والآخر بالميراث أو بالهبة أو غير ذلك فلا تقبل لاختلاف العقدين صورة ومعنى فقد شهد كل واحد منهما بعقد غير ما شهد به الآخر وليس على أحدهما شهادة شاهدين واما في المال فهو ان يشهد أحدهما بمكيل والآخر بموزون فلا تقبل لانهما جنسان مختلفان وليس على أحدهما شهادة شاهدين واما اختلاف الشهادة في قدر المشهود به فنحو ما اذا ادعى رجل على رجل الفي درهم وأقام شاهدين شهد أحدهما بالفين والآخر بالف لا تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله أصلا وعندهما تقبل على الالف ولو كان المدعى يدعى ألفا وخمسمائة فشهد أحدهما بالف وخمسمائة والآخر بالف تقبل على الالف بالاجماع وجه قولهما ان الشهادة لم تخالف الدعوى في قدر الالف بل وافقتها بقدرها الا ان المدعى يدعى زيادة مال لا شهادة لهم عليه فيثبت قدر ما وقع الاتفاق عليه كما اذا ادعى الفاً وخمسمائة فشهد أحدهما بذلك والآخر بالف تقبل على الالف لما قلنا كذا هذا ولابي حنيفة رحمه الله ان شطر الشهادة خالف الدعوى لان المدعى يدعى الفين وانه اسم وضع دلالة على عدد معلوم والاسم الموضوع دلالة على عدد لا يقع على ما دون ذلك العدد كسائر أسماء الاعداد كالمترك لالف من الابل والهنيدة لمائة منها ونحو ذلك فلم تكن الالف المفردة مدعى فلم تكن الشهادة شاهدة على ما دخل تحت الدعوى فانفردت الشهادة عن الدعوى فيما يشترط فيه الدعوى فلا تقبل بخلاف ما اذا ادعى الفا وخمسمائة فشهد أحدهما بذلك والآخر بالف انه يقبل على الالف لان الالف والخمسمائة اسم لعددين الا ترى انه يعطف احدهما على الآخر فيقال الف وخمسمائة فكان كل واحد منهما بانفراده داخلا تحت الدعوى فالشهادة القائمة عليهما تكون قائمة على كل واحد منهما مقصوداً فاذا شهد أحدهما بالف فقد شهد باحد العددين الداخلين تحت الدعوى فكانت الشهادة موافقة للدعوى في عدد الالف فيقضى به للمدعى لقيام الحجة عليه بخلاف الالف والالفين لانه اسم لعدد واحد لا تصح على ما دونه بحال فلم تكن الالف المفردة داخلة تحت الدعوى فكانت الشهادة القائمة عليها شهادة على ما لم يدخل تحت الدعوى فلا تقبل فهو الفرق بينهما ولو ادعى الفاً فشهد أحدهما بالالف والآخر بالفين لا تقبل على الالف بالاجماع لان المدعى كذب أحد شاهديه في بعض ما شهد به فاوجب ذلك تهمة في الباقي فلا تقبل الا اذا وفق فقال كان لي عليه ألفان الا انه كان قد قضاني الفا ولم يعلم به الشاهد فيقبل وكذا لو ادعى الفا فشهد أحدهما بها والآخر بالف وخمسمائة لا تقبل لما قلنا الا اذا وفق فقال كان لي عليه الف وخمسمائة الا انه قضاني خمسمائة ولم يعلم بها الشاهد فتقبل لانه اذا وفق فقد زال الاختلاف المانع من القبول

ولو

ولوادعى على رجل انه باع عبده بالفي درهم وهو ينكر فشهد شاهد بالفين وآخر بألف أوادعى انه باعه بألف وخمسمائة
فشهد أحدهما بالف وخمسمائة والآخر بالف لاتقبل بالاجماع لان الشاهدين اختلفا فى البدل واختلاف البدلين
يوجب اختلاف العقدين فصار كل واحد منهما شاهداً بعقد غير عقد صاحبه وليس على أحدهما شهادة شاهدين
فلاتقبل ولا يثبت العقد وكذا لوكان المشترى مدعيا والبائع مدعى عليه لما قلنا فان كان هذا فى الاجارة ينظر ان كانت
الدعوى من المؤاجر فى مدة الاجارة لاتقبل لان هذا يكون دعوى العقد وليس على أحد العاقدين شهادة شاهدين
فلاتقبل كما فى باب البيع وان كانت الدعوى بعد انقضاء مدة الاجارة فهذا دعوى المال لا دعوى العقد فكان حكمه
حكم سائر الديون وقد ذكرناه على الاتفاق والاختلاف هذا اذا كانت الدعوى من المؤاجر فان كانت من المستأجر
لاتقبل سواء كانت الدعوى فى المدة أو بعد انقضائها لان هذا دعوى العقد ولوكان هذا فى النكاح فان كانت الدعوى
من المرأة فهذا دعوى المال عند أبى حنيفة عليه الرحمه حتى انها لوادعت على رجل انه تزوجها على الف وخمسمائة فشهد
لها شاهدان أحدهما بالف وخمسمائة والآخر بالف تقبل والنكاح جائز بالف درهم وعندهما لاتقبل ولايجوز
النكاح لان هذا دعوى العقد ولو كانت الدعوى من الرجل والمرأة تنكر لاتقبل بالاجماع لان هذا دعوى العقد ولو
كانت الدعوى فى الخلع أوفى الطلاق على مال أوفى العتاق أوفى الصلح عن دم العمد على مال فان كانت الدعوى من
الزوج أومن المولى أوولى القصاص تقبل لان هذا دعوى المال وان كانت الدعوى من المرأة أوالعبد أوالقاتل لاتقبل
لان هذا دعوى العقد ولوكان هذا فى الكتابة فان كانت الدعوى من المكاتب لاتقبل لان هذا دعوى العقد فلا
تقبل ولاتصح الكتابة وان كانت من المولى فلا تصح لان للمكاتب ان يعجز نفسه متى شاء (واما) اختلاف الشهادة
فى الزمان والمكان فانه ينظر ان كان ذلك فى الاقارير لايمنع القبول وان كان فى الافاعيل من القتل والقطع والغصب
وانشاء البيع والطلاق والعتاق والنكاح ونحوها يمنع القبول ووجه الفرق ان الاقرار مما يحتمل التكرار فيمكن
التوفيق بين الشهادتين لسماعه عن الاقرار فى زمانين أومكانين فلايتحقق الاختلاف بين الشهادتين بخلاف القتل
والقطع وانشاء البيع وغيره من العقود والفسوخ لان هذا لايحتمل التكرار فاختلاف الزمان والمكان فيها يوجب
اختلاف الشهادتين فيمنع القبول وبالله التوفيق ولوادعى رجل على رجل قرض الف درهم فشهد شاهدان أحدهما
على القرض والآخر على القرض والقضاء يقضى بشهادتهما على القرض ولا يقضى بالقضاء فى ظاهر الرواية وروى
عن أبى يوسف رحمه الله انه لا يقضى بشهادتهما بالقرض أيضا لانهما وان اجتمعا على الشهادة بالقرض لكن الذى
شهد بالقضاء فسخ شهادته بالقرض فبقى على القرض شاهد واحد فلا يقضى بالشهادة والصحيح جواب ظاهر
الرواية لان الشهادتان اختلفا فى القضاء لافى القرض بل اتفقا على القرض فيقضى به وقوله شاهد القضاء فسخ
شهادته بالقرض قلنا ممنوع بل قرر شهادته على القرض لان قضاء القرض بعد القرض يكون (واما) الذى يرجع الى
المكان فواحد وهو مجلس القضاء ومنها الذكورة فى الشهادة بالحدود والقصاص فلاتقبل فيها شهادة النساء لما روى
عن الزهرى رحمه الله انه قال مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله علية وسلم والخليفتين من بعده رضوان الله تعالى
عليهما انه لاتقبل شهادة النساء فى الحدود والقصاص ولان الحدود والقصاص مبناهما على الدرء والاسقاط بالشبهات
وشهادة النساء لاتخلو عن شبهة لانهن جبلن على السهو والغفلة ونقصان العقل والدين فيورث ذلك شبهة بخلاف
سائر الاحكام لانها تجب مع الشبهة ولان جواز شهادة النساء على البدل من شهادة الرجال والابدال فى باب الحدود
غير مقبولة كالكفالات والوكالات واما الشهادة على الاموال فالذكورة ليست فيها بشرط والانوثة ليست بمانعة
بالاجماع فتقبل فيها شهادة النساء مع الرجال لقول الله تبارك وتعالى فى باب المداينة فاستشهدوا شهيدين من رجالكم
فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء واختلف فى اشتراطها فى الشهادة بالحقوق التى ليست
بمال كالنكاح والطلاق والنسب قال أصحابنا رضى الله عنهم ليست بشرط وقال الشافعى رضى الله عنه شرط (وجه)

قول الشافعی رحمه الله ان شهادة النساء حجة ضرورة لانها جعلت حجة فی باب الدیانات عند عدم الرجال و لا ضرورة فی الحقوق التی لیست بمال لاندفاع الحاجة فیها بشهادة الرجال ولهذا لم تجعل حجة فی باب الحدود والقصاص وكذا لم تجعل حجة بانفرادهن فیما لا یطلع علیه الرجال (ولنا) قوله تبارك وتعالی واستشهدوا الآیة جعل الله سبحانه وتعالی لرجل وامرأتین شهادة علی الاطلاق لانه سبحانه وتعالی جعلهم من الشهداء والشاهد المطلق من له شهادة علی الاطلاق فاقتضی ان یكون لهم شهادة فی سائر الاحكام الا ما قید بدلیل و روی عن سیدنا عمر رضی الله عنه انه أجاز شهادة النساء مع الرجال فی النكاح والفرقة ولم ینقل أنه أنكر علیه منكر من الصحابة فكان اجماعا منهم علی الجواز ولان شهادة رجل وامرأتین فی اظهار المشهود به مثل شهادة رجلین لرجحان جانب الصدق فیها علی جانب الكذب بالعدالة الا انها لم تجعل حجة فیما یدرأ بالشبهات لنوع قصور وشبهة فیها لما ذكرنا وهذه الحقوق تثبت بدلیل فیه شبهة (وأما) قوله بانها ضرورة فلا تسلم فانها مع القدرة علی شهادة الرجال فی باب الاموال مقبولة فدل انها شهادة مطلقة لا ضرورة وبه تبین ان نقصان الانوثة یصیر مجبورا بالعدد فكانت شهادة مطلقة واختلف فی اشتراطها فی الشهادة علی الاحصان قال علماؤنا الثلاثة رضی الله عنهم لیست بشرط وقال زفر شرط حتی یظهر الاحصان بشهادة رجل وامرأتین عندنا وعنده لا یظهر (وجه) قول زفر رحمه الله أن الذكورة شرط فی علة العقوبات بالاجماع حتی لا یظهر بشهادة رجل وامرأتین والاحصان من جملة أوصاف العلة لان علة وجوب الرجم لیس هو الزنا المطلق بل الزنا الموصوف بالتغلیظ ولا یتغلظ الا بالاحصان فكان الاحصان من جملة العلة فلا یثبت بشهادة النساء ولهذا لو أقر بالاحصان جاز رجوعه كما انه لو أقر بالزنا رجع وكذا الشهادة القائمة علی الاحصان من غیر دعوی كالشهادة القائمة علی الزنا (ولنا) قوله عز وجل فاستشهدوا الآیة ودلالتها علی نحو ما تقدم مع الشافعی رحمه الله وأما قوله من جملة العلة الاحصان قلنا لا ممنوع بل هو شرط العلة فیصیر الزنا عنده علة والحكم یضاف الی العلة لا الی الشرط لما عرف فی أصول الفقه وأما الرجوع عنه بعد الاقرار فلا نسلم أنه لا یصح الرجوع فی قول أبی یوسف رحمه الله ولا یصح فی قول زفر رحمه الله وهذا حجة علی زفر ولا روایة فیه عند أبی حنیفة ومحمد رحمهما الله قلنا أن نمنع وعدم اشتراط الدعوی یدل علی أنه حق الله سبحانه وتعالی لا علی انه تضاف الیه العقوبة ألا تری ان الدعوی لیست بشرط فی عتق الامة اجماعا ولا فی عتق العبد عند أبی یوسف ومحمد وان كان لا یتقرر تعلق عقوبة به ونحن نسلم ان الاحصان حق الله تعالی فی هذا الوقت علی ما عرف فی الخلافیات ومنها اسلام الشاهد اذا كان المشهود علیه مسلما حتی لا تقبل شهادة الكافر علی المسلم لان الشهادة فیها معنی الولایة وهو تنفیذ القول علی الغیر ولا ولایة للكافر فلا شهادة له علیه وتقبل شهادة المسلم علی الكافر لانه من أهل أن یثبت له الولایة علی المسلم فعلی الكافر أولی (وأما) اذا كان المشهود علیه كافرا فاسلام الشاهد هل هو شرط لقبول شهادته علیه فقد اختلف فیه قال أصحابنا رضی الله عنهم لیس بشرط حتی تقبل شهادة أهل الذمة بعضهم علی بعض سواء اتفقت مللهم أو اختلفت بعد ان كانوا عدولا فی دینهم وقال الشافعی رحمه الله شرط حتی لا تقبل شهادتهم أصلا واحتج بقوله سبحانه وتعالی ولن یجعل الله للكافرین علی المؤمنین سبیلا نفی الله سبحانه وتعالی أن یكون للكافرین علی المؤمنین سبیلا وفی قبول شهادة بعضهم علی بعض اثبات السبیل للكافرین علی المؤمنین لانه یجب علی القاضی القضاء بشهادتهم وانه منفی ولان العدالة شرط قبول الشهادة والفسق مانع والكفر رأس الفسق فكان أولی بالمنع من القبول (ولنا) قول النبی علیه الصلاة والسلام فی ذلك الحدیث فاذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم أن لهم ما للمسلمین وعلیهم ما علی المسلمین وللمسلم علی المسلم شهادة فكذا للذمی علی الذمی فظاهره یقتضی أن یكون للذمی علی المسلم شهادة كالمسلم الا أن ذلك صار مخصوصا من عموم النص ولان الحاجة مست الی صیانة حقوق أهل الذمة ولا تحصل الصیانة الا وان یكون لبعضهم علی بعض شهادة ولا شك أن الحاجة

الی

الى صيانة حقوقهم ماسة لانهم انما قبلوا عقد الذمة لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كاموالنا والدليل على أن الصيانة لا تحصل الا وأن يكون لبعضهم على بعض شهادة لان هذه المعاملات تكثر فيما بينهم والمسلمون لا يحضرون معاقدتهم ليتحملوا حوادثهم فلو لم يكن لبعضهم على بعض شهادة لضاعت حقوقهم عند الجحود والانكار فدعت الحاجة الى الصيانة بالشهادة وأما الآية الكريمة فوجوب القضاء لا يثبت بالشهادة وانما يثبت بالتقليد السابق والشهادة شرط الوجوب والحكم لا يثبت بالشرط فلا يكون فى قبول شهادة بعضهم على بعض اثبات السبيل للكافر على المؤمن سواء اتفقت مللهم أو اختلفت فتقبل شهادة النصرانى على اليهودى واليهودى على المجوسى وقال ابن أبى ليلى ان اختلفت لا تقبل وهذا غير سديد لان الكفر وان اختلفت أنواعه صورة فهو ملة واحدة حقيقة فتقبل شهادة بعضهم على بعض كيف ما كان بعد ان يكون الشاهد من أهل دار الاسلام حتى لا تقبل شهادة المستأمن على الذمى لانه ليس من أهل دار الاسلام حقيقة وان كان فيها صورة لانه ما دخل دارنا للسكنى فيها بل ليقضى حوائجه ثم يعود عن قريب فلم يكن من أهل دار الاسلام والذمى من أهل دار الاسلام فاختلفت الداران فلم تقبل شهادة الذمى عليه بالنص الذى روينا وصار حكم المستأمن مع الذمى فى الشهادة كحكم الذمى مع المسلم وشهادة المستأمن تقبل على المستأمن ان اتفقت دارهم ومللهم وان اختلفت لا تقبل ومنها عدم التقادم فى الشهادة على الحدود كلها الا حد القذف حتى لا تقبل الشهادة عليها اذا تقادم العهد الا على حد القذف بخلاف الاقرار لما عرف فى كتاب الحدود والله تعالى أعلم ومنها قيام الرائحة فى الشهادة على شرب الخمر اذا لم يكن سكران ولم يحقق انه من مسيره لا يبقى الريح من المجىء به من مثلها عادة عندهما وعند محمد ليس بشرط وهى من مسائل الحدود ونذكرها هنالك ان شاء الله تعالى (ومنها) الاصالة فى الشهادة على الحدود والقصاص حتى لا تقبل فيها الشهادة بطريق النيابة وهى الشهادة على الشهادة عندنا كذا لا يقبل فيها كتاب القاضى الى القاضى لانه فى معنى الشهادة على الشهادة وعند الشافعى رحمه الله ليس بشرط حتى تقبل فيها الشهادة على الشهادة وأجمعوا على انها ليست بشرط فى الاموال والحقوق المجردة عنها فتقبل فيها الشهادة على الشهادة وكتاب القاضى الى القاضى الا فى العبد الآبق عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف تقبل فيه أيضاً على ما نذكر فى كتاب أدب القاضى (وجه) قول الشافعى رحمه الله ان الفروع يؤدون الشهادة نيابة عن الاصول فكانت شهادتهم شهادة الاصول معنى وشهادة الاصول على الحدود والقصاص مقبولة (ولنا) ان الحدود والقصاص مما تدرأ بالشبهات والشهادة على الشهادة لا تخلو عن شبهة ولهذا لا تقبل فيها شهادة النساء لتمكن الشبهة فى شهادتهن بسبب السهو والغفلة بل أولى لان الشبهة هنا تمكنت فى مجلس فكان فيها زيادة ليست فى شهادة الاصول ولان الحدود لما كانت مبنية على الدرء أوجب ذلك اختصاصها بحجج مخصوصة بل ايقاف إقامتها ولهذا شرط عدد الاربعة فى الشهادة على الزنا لان اطلاع أربعة من الرجال الاحرار على غيبوبة ذكره فى فرجها كما يغيب الميل فى المكحلة نادر غاية الندرة ثم نقول الكلام فى الشهادة على الشهادة يقع فى مواضع فى صورة تحمل الشهادة على الشهادة وفى شرائط التحمل وفى صورة أداء الشهادة على الشهادة وفى شرائط الاداء أما صورة التحمل فلها عبارتان مختصرة ومطولة أما اللفظ المختصر فهو ان يقول شاهد الاصل اشهد على شهادتى انى أشهد ان لفلان على فلان كذا أو يقول أشهد ان لفلان على فلان كذا فاشهد على شهادتى بذلك وأما المطول فهو ان يقول شاهد الاصل أشهد ان لفلان على فلان كذا أشهدك على شهادتى هذه وآمرك ان تشهد على شهادتى هذه فاشهد وأما شرائط تحمل هذه الشهادات فما ذكرنا فى عموم الشهادات وأما الذى يختص بها فانواع منها الاشهاد حتى لا يصح التحمل بنفس السماع دون الاشهاد حتى لو قال أشهد ان لفلان على فلان كذا فسمع انسان لكن لم يقل اشهد أنت لم يصح التحمل بخلاف سائر الشهادات انه يصح التحمل فيها بنفس معاينة الفعل وسماع الاقرار والانشاء من غير اشهاد (ووجه) الفرق ان الفروع يشهدون نيابة عن الاصول فلا بد من الانابة منهم وذلك

بالاشهاد بخلاف سائر الشهادات لان تحمل الشاهد في سائرها بطريق الاحالة بنفسه لا بغيره فيصح التحمل فيها بطريق المعاينة ومنها الاشهاد على شهادته حتى لو قال اشهد بمثل ماشهدت أو كما شهدت أو على ماشهدت لا يصح التحمل مالم يقل على شهادتي لان معنى التحمل والانابة لا يحصل الا بالاشهاد على شهادته ومنها عدد التحمل وهو ان يتحمل من كل واحد من شاهدي الاصل اثنان حتى لو تحمل من أحدهما واحد وتحمل من الآخر واحد لا يصح التحمل لان الشهادة حق ثابت في ذمة الشاهد والحقوق الثابتة في الذمم لا ينقلها الى القاضي الا شاهدان ولو تحمل اثنان من أحدهما شهادته ثم تحملا من الآخر شهادته جاز التحمل لانه اجتمع على التحمل من كل واحد منهما شاهدان فاما الذكورة في تحمل هذه الشهادة فليست بشرط حتى يصح التحمل فيهما من النساء (وأما) صورة أداء هذه الشهادة فلها لفظان أيضاً مختصر ومطول فالمختصر ان يقول شهد فلان عندي ان لفلان على فلان كذا وأشهدني على شهادته بذلك فانا أشهد على شهادته بذلك وأما المطول فهو ان يقول شهد عندي فلان ان لفلان على فلان كذا وأشهدني على شهادته بذلك وأمرني ان أشهد على شهادته بذلك وأنا أشهد الآن على شهادته بذلك ولو لم يقل وأمرني ان أشهد على شهادته بذلك جاز لان معنى التحمل والانابة يتأدى بقوله أشهدني على شهادته فكان قوله أمرني بذلك من باب التأكيد وأما شرائطها فما ذكرناه كسائر الشهادات والذي يختص بهذه الشهادة ان يكون المشهود عليه ميتاً أو غائبا مسيرة سفر أو مريضا لا يستطيع يحضر مجلس القضاء لان جواز هذه الشهادة للحاجة والضرورة ولا تتحقق الضرورة الا في هذه المواضع وأما الذكورة فليست بشرط لاداء هذه الشهادة فتقبل فيها شهادة النساء مع الرجال لقوله تبارك وتعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء فظاهر النص يقتضي ان يكون للنساء مع الرجال شهادة على الاطلاق من غير فصل الا ماقيد بدليل ولان قضية القياس ان لا تشترط الذكورة والاصل في عموم الشهادات الا ان اشتراط الذكورة في شهادة الاصول على الحدود والقصاص ثبت بنص خاص وهو حديث الزهري رحمه الله لتمكن شبهة في شهادتهن ليست في شهادة الرجال واشتراط الاصالة في الشهادة لتمكن زيادة شبهة في شهادة الفروع ليست في شهادة الاصول وهو الشبهة في الشهادتين على ماذكرنا فشرط ذلك احتيالا للدرء ماندرئ بالشبهات والاموال والحقوق مما ثبت بالشبهة فثبتت على أصل القياس والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان مايلزم الشاهد بتحمل الشهادة فالذي يلزمه أداء الشهادة لله سبحانه وتعالى فيما سوى أسباب الحدود لقوله تعالى وأقيموا الشهادة لله وقوله عز شأنه كونوا قوامين بالقسط شهداء لله الا ان في الشهادة القائمة على حقوق العباد وأسبابها لابد من طلب المشهود له لوجوب الاداء فاذا طلب وجب عليه الاداء حتى لو امتنع بعد الطلب يأثم لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا مادعوا أي دعوا لاداء الشهادة لان الشهادة أمانة المشهود له في ذمة الشاهد وقال سبحانه وتعالى وليؤد الذي أوتمن أمانته وقال تعالى جل شأنه ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى أهلها وأما في حقوق الله تبارك وتعالى وفيما سوى أسباب الحدود نحو طلاق امرأة واعتاق عبد والظهار والايلاء ونحوها من أسباب الحرمات تلزمه الاقامة حسبة لله تبارك وتعالى عند الحاجة الى الاقامة من غير طلب من أحد من العباد وأما في أسباب الحدود من الزنا والسرقة وشرب الخمر والقذف فهو مخير بين ان يشهد حسبة لله تعالى وبين ان يستر لان كل واحد منهما أمر مندوب اليه قال الله تبارك وتعالى وأقيموا الشهادة لله وقال عليه الصلاة والسلام من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وقد ندب الشرع الى كل واحد منهما ان شاء اختار جهة الحسبة فاقامها لله تعالى وان شاء اختار جهة الستر فيستر على أخيه المسلم

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم الشهادة فحكمها وجوب القضاء على القاضي لان الشهادة عند استجماع شرائطها مظهرة للحق والقاضي مأمور بالقضاء بالحق قال الله تبارك وتعالى ياداود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق وثبوت مايترتب عليها من الاحكام

﴿ كتاب الرجوع عن الشهادة ﴾

الكلام في هذا الكتاب في الاصل في موضع واحد وهو بيان حكم الرجوع عن الشهادة فنقول وبالله التوفيق الرجوع عن الشهادة يتعلق به حكمان أحدهما يرجع الى مال الشاهد والثاني يرجع الى نفسه أما الذي يرجع الى ماله فهو وجوب الضمان والكلام فيه في ثلاثة مواضع في بيان سبب وجوب الضمان وفي بيان شرائط الوجوب وفي بيان مقدار الواجب اما الاول فسبب وجوب الضمان في هذا الباب إتلاف المال أو النفس بالشهادة لان الضمان في الشرع انما يجب اما بالالتزام أو بالاتلاف ولم يوجد الالتزام فيتعين الاتلاف فهما سبباً لوجوب الضمان فان وقعت اتلافا انعقدت سبباً لوجوب الضمان والا فلا وعلى هذا يخرج ما إذا شهدا على رجل بالف وقضى القاضي بشهادتهما ثم رجعا انهما يضمنان الالف لانهما لما رجعا عن شهادتهما بعد القضاء تبين ان شهادتهما وقعت سبباً الى الاتلاف في حق المشهود عليه والتسبب الى الاتلاف بمنزلة المباشرة في حق سببية وجوب الضمان كالاكراه على اتلاف المال وحفر البئر على قارعة الطريق ونحوه (فان قيل) لما رجعا عن شهادتهما تبين ان قضاء القاضي لم يصح فتبين ان المدعى أخذ المال بغير حق فلم لا يرده الى المشهود عليه قيل له انه بالرجوع لم يتبين بطلان القضاء لان الشاهد غير مصدق في الرجوع في حق القاضي والمشهود له لوجهين الاول أن الرجوع يحتمل الصدق والكذب والقضاء بالحق للمشهود به نفذ بدليل من حيث الظاهر وهو الشهادة الصادقة عند القاضي فلا ينتقض الثابت ظاهراً بالشك والاحتمال فبقي القضاء ماضيا على الصحة والمدعى في يد المدعى كما كان والثاني أن الشاهد في الرجوع عن شهادته متهم في حق المشهود له لجواز أن المشهود عليه غره بمال أو غيره ليرجع عن شهادته فيظهر كذب المدعى في دعواه فلم يصدق في الرجوع في حق المشهود له للتهمة اذ التهمة كما تمنع قبول الشهادة تمنع صحة الرجوع عن الشهادة فلم يصح الرجوع في حقه فلم ينقض القضاء ولا يسترد المدعى من يده ومعنى التهمة لا يتوهم في المشهود عليه فصح الرجوع في حقه الا أنه لا يمكن اظهار الصحة في نقض القضاء والتوصل الى عين المشهود به فيظهر في التوصل الى بدله رعاية للجوانب كلها واذا رجعا قبل القضاء لا يضمنان لان الشهادة لا تصير حجة الا بالقضاء فلا تقع تسبيبا الى الاتلاف بدونه وعلى هذا اذا شهدا على رجل أنه طلق امرأته فقضى القاضي بشهادتهما ثم رجعا ان كان الطلاق بعد الدخول بان كان الزوج مقرا بالدخول لا ضمان عليهما لانعدام الاتلاف لان المهر يجب بنفس العقد ويتأكد بالدخول لا بشهادتهما فلم تقع شهادتهما اتلافا فلم يجب الضمان وان كان الطلاق قبل الدخول فقضى القاضي بنصف المهر بان كان المهر مسمى أو بالمتعة بان لم يكن المهر مسمى ثم رجعا ضمنا ذلك للزوج لان شهادتهما وان لم توجب على الزوج شيأ من المهر لكنها أكدت الواجب لان الواجب قبل الدخول كان محتملا للسقوط بأن جاءت الفرقة من قبلها وبشهادتهما بالطلاق تأكد الواجب عليه على وجه لا يحتمل السقوط بعده أصلا فصارت شهادتهما مؤكدة للواجب والمؤكد للواجب بمنزلة الواجب في الشرع كالمحرم اذا أخذ صيدا فذبحه رجل في يده يجب الجزاء على الآخذ ويرجع الآخذ بذلك على القاتل لوقوع القتل منه تأكيدا للجزاء الواجب على المحرم اذ لولا ذبحه لاحتمل السقوط بالارسال فهو بالذبح أكد الواجب عليه فنزل المؤكد منه منزلة الواجب كذا هذا وعلى هذا اذا شهدا على رجل أنه أعتق عبدا أو أمة له وهو ينكر فقضى القاضي ثم رجعا يضمنان قيمة العبد أو الامة للمولى لانهما بشهادتهما أتلفا عليه مالية العبد أو الامة فيضمنان ويكون ولاؤه للمولى لان الاعتاق نفذ عليه والولاء لمن أعتق فان قيل هذا اتلاف بعوض وهو الولاء فلا يوجب الضمان قيل له الولاء لا يصلح عوضا لانه ليس بمال وانما هو من أسباب الارث فكان هذا اتلافا بغير عوض فيوجب الضمان ولو شهدا على اقرار المولى أن هذه الامة ولدت منه وهو منكر فقضى القاضي بذلك ثم رجعا فنقول هذا في الاصل لا يخلو من

أحد وجهين اما أن لم يكن معها ولد واما أن كان معها ولد وكل ذلك لا يخلو اما أن رجعا فى حال حياة المولى واما أن رجعا بعد وفاته اما اذا لم يكن معها ولد ورجعا فى حال حياة المولى يضمنان للمولى نقصان قيمتها فتقوم أمة قنا وتقوم أم ولد لو جاز بيعها فيضمنان النقصان لانهما أتلفا عليه بشهادتهما هذا القدر حال حياته فيضمنانه فاذا مات المولى عتقت الجارية لأنها أم ولده وأم الولد تعتق بموت سيدها ويضمنان بقية قيمتها للورثة لانهما أتلفا بشهادتهما كل الجارية لكن بعضها فى حال الحياة والباقى بعد الوفاة فيضمنان كذلك وان كان معها ولد ورجعا فى حال حياة المولى فانهما يضمنان قيمة الولد لانهما أتلفاه عليه ألا ترى أنه لولا شهادتهما لكان الولد عبد اله فهما بشهادتهما أتلفاه عليه فعليهما الضمان وعليهما ضمان نقصان قيمة الام أيضا لما قلنا فاذا مات المولى بعد ذلك لم يكن مع الولد شريك فى الميراث فلا يضمنان له شيأ ويرجعان على الولد بما قبض الاب منهما لان فى زعم الولد ان رجوعهما باطل وأن ما أخذ الاب منهما أخذه بغير حق فصار مضمونا عليه فيؤدى من تركته ان كانت له تركة وان لم يكن له تركة فلا ضمان على الولد لان من أقر على مورثه بدين وليس للميت تركة لا يؤخذ من مال الوارث وان كان معه أخ فانهما يضمنان للاخ نصف البقية من قيمتها لانهما أتلفا عليه ذلك القدر ويرجعان على الولد بما أخذه الاب منهما لما قلنا ولا يرجعان بما قبض الاخ لان الاخ ظلم عليهما فى زعمهما فليس لهما أن يظلما عليه ولا ضمان للاخ ما أخذ هذا من الميراث لانهما ما أتلفا عليه الميراث لما نذكر ان شاء الله تعالى هذا اذا كان الرجوع فى حال حياة المولى فاما اذا كان بعد وفاته فان لم يكن مع الولد شريك فى الميراث فلا ضمان عليهما لان الولد يكذبهما فى الرجوع وان كان معه شريك فى الميراث فانهما يضمنان للاخ نصف البقية من قيمتها لما قلنا ويضمنان للاخ نصف قيمة الولد لانهما أتلفا عليه نصف الولد ولا يضمنان له ما أخذ هذا الولد من الميراث لما قلنا ولا يرجعان على الولد ههنا لان هذا ظلم للاخ فى زعمهما فليس لهما أن يظلما الولد هذا اذا كانت الشهادة فى حال حياة المولى والرجوع عليه فى حال حياته أو بعد وفاته فاما اذا كانت الشهادة بعد وفاته بأن مات رجل وترك ابنا وعبدا وأمة وتركة فشهد شاهدان أن هذا العبد ولدته هذه الامة من الميت وصدقهما الولد والامة وأنكر الابن فقضى القاضى بذلك وجعل الميراث بينهما ثم رجعا يضمنان قيمة العبد والامة ونصف الميراث للابن فرق بين حال الحياة وبين حال الممات فان هناك لا يضمنان الميراث ووجه الفرق أن الشهادة بالنسب حال الحياة لا تكون شهادة بالمال والميراث لا محالة لانه يجوز فيه التقدم والتأخر فمن الجائز أن يموت الاب أولا فيرثه الابن كما يجوز أن يموت الابن أولا ويرثه الاب فلم تكن الشهادة بالنسب شهادة بالمال والميراث لا محالة فلا تتحقق الشهادة اتلافا للمال فلا يضمنان بخلاف الشهادة بعد الموت فانها شهادة بالمال لا محالة فقد أتلفا عليه نصف الميراث فيضمنان والله سبحانه وتعالى أعلم ولو شهدا أنه دبر عبده فقضى القاضى بذلك ثم رجعا يضمنان للمولى نقصان التدبير فيقوم قنا ويقوم مدبرا فيضمنان النقصان لانهما أتلفا عليه حال حياته بشهادتهما هذا القدر فيضمنانه فاذا مات المولى بعد ذلك عتق العبد كله ان كان يخرج من الثلث ولا سعاية عليه لانه مدبره ويضمنان للورثة بقية قيمته عبدا لانهما أتلفا بشهادتهما بقية ماليته بعد موته لان التدبير اعتاق بعد الموت ولو لم يكن له مال سوى المدبر عتق عليه مجانا لان التدبير وصية فيعتبر بسائر الوصايا ويسعى فى ثلثى قيمته عبدا قنا للورثة لان الوصية فيما زاد على الثلث لا تنفذ من غير اجازة الورثة ويضمن الشاهدان للورثة ثلث قيمته لانهما أتلفا عليه بشهادتهما ثلث العبد هذا اذا كانت السعاية تخرج من ثلث العبد فان كانت لا تخرج بأن كان معسرا فانهما يضمنان جميع قيمته مدبرا ثم يرجعان على العبد بثلثى قيمته اذا أيسر ولو شهدا أنه قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر وشهد آخران بالدخول ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين لان العتق ثبت بقوله أنت حر وانما الدخول شرط والحكم يضاف الى العتق لا الى الشرط فكان التلف حاصلا بشهادتهما فكان الضمان عليهما وكذلك اذا شهدا انه قال لامرأته ان دخلت الدار فأنت طالق وشهد آخران بالدخول ثم رجعوا لما قلنا وكذلك لو شهدا على رجل

بالزنا

بالزنا وشهد آخران بالاحصان ثم رجعوا فالضمان على شهود الزنا لا على شهود الاحصان لان الاحصان شرط ولو شهدا انه قتل فلانا خطأ وقضى القاضي ثم رجعا ضمنا الدية لانهما اتلفاها عليه وتكون في مالهما لان الشهادة منهما بمنزلة الاقرار منهما بالاتلاف والعاقلة لا تعقل الاقرار كما لو أقرا صريحا ولهذا لو رجعا في حال المرض اعتبر اقرارا بالدين حتى يقدم عليه دين الصحة كما في سائر الاقارير وكذا لو شهدا انه قطع يد فلان خطأ وقضى القاضي ثم رجعا ضمنا دية اليد لما قلنا وكذا لو شهدا عليه بالسرقة فقضى عليه بالقطع فقطعت يده ثم رجعا فقد روي أن شاهدين شهدا عند سيدنا علي كرم الله وجهه على رجل بالسرقة فقضى عليه بالقطع فقطعت يده ثم جاء الشاهدان بآخر فقالا أوهمنا أن السارق هذا يا أمير المؤمنين فقال سيدنا علي رضي الله عنه لا أصدقكما على هذا وأغرمكما دية يد الاول ولو علمت أنكما تعمدتما اقطعت أيديكما وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد فكان اجماعا ولو شهدا انه قتل فلانا عمدا فقضى القاضي وقتل ثم رجعا فعليهما الدية عندنا وعند الشافعي رحمه الله عليهما القصاص وعلى هذا الخلاف اذا شهدا انه قطع يد فلان (وجه) قول الشافعي رحمه الله ان شهادتهما وقعت قتلا تسبيبا لانها تفضي الى وجوب القصاص وانه يفضي الى القتل فكانت شهادتهما تسبيبا الى القتل والتسبيب في باب القصاص في معنى المباشرة كالاكراه على القتل (ولنا) أن نسلم أن الشهادة وقعت تسبيبا الى القتل لكن وجوب القصاص يتعلق بالقتل مباشرة لا تسبيبا لان ضمان العدوان الوارد على حق العبد مقيد بالمثل شرعا ولا مماثلة بين القتل مباشرة وبين القتل تسبيبا بخلاف الاكراه على القتل لان القاتل هو المكره مباشرة لكن بيد المكره وهو كالآلة والفعل لمستعمل الآلة لا للآلة على ما عرف على أن ذلك وان كان قتلا تسبيبا فهو مخصوص عن نصوص المماثلة فمن ادعى تخصيص الفرع يحتاج الى الدليل وعلى هذا يخرج ما اذا شهدا على ولي القتيل أنه عفا عن القتل وقضى القاضي ثم رجعا انه لا ضمان عليهما في ظاهر الرواية لانه لم يوجد منهما اتلاف المال ولا النفس لان شهادتهما قامت على العفو عن القصاص والقصاص ليس بمال ألا ترى أنه لو أكره رجلا على العفو عن القصاص فعفا لا يضمن المكره ولو كان القصاص مالا يضمن لان المكره يضمن بالاكراه على اتلاف المال وكذا من وجب له القصاص وهو مريض فعفا ثم مات في مرضه ذلك لا يعتبر من الثلث ولو كان مالا اعتبر من الثلث كما اذا تبرع في مرضه وعن أبي يوسف رحمه الله أنهما يضمنان الدية لولي القتيل لان شهادتهما اتلاف للنفس لان نفس القاتل تصير مملوكة لولي القتيل في حق القصاص فقد اتلفا بشهادتهما على المولى نفسا تساوي ألف دينار أو عشرة آلاف درهم فيضمنان وهذا غير سديد لانا لا نسلم أن نفس القاتل تصير مملوكة لولي القتيل بل الثابت له ملك الفعل لا ملك المحل لان في المحل ما ينافي الملك لما علم في مسائل القصاص فلم تقع شهادتهما اتلاف النفس ولا اتلاف المال فلا يضمنان ولو شهدا أن هذا الغلام ابن هذا الرجل والاب يجحده فقضى القاضي بشهادتهما ثم رجعا لا يبطل النسب ولا ضمان على الشاهدين لانعدام اتلاف المال منهما (وأما) شرائط الوجوب فانواع منها أن يكون الرجوع بعد القضاء فان كان قبله لا يجب الضمان لما ذكرنا أن الركن في وجوب الضمان بالشهادة وقوع الشهادة اتلافا ولا تصير اتلافا الا اذا صارت حجة ولا تصير حجة الا بالقضاء فلا تصير اتلافا الا به (ومنها) مجلس القضاء فلا عبرة بالرجوع عند غير القاضي كما لا عبرة بالشهادة عند غيره حتى لو أقام المدعى عليه البينة على رجوعهما لا تقبل بينته وكذا لا يمين عليهما اذا أنكر الرجوع الا اذا حكيا عند القاضي رجوعهما عند غيره فيعتبر رجوعهما الان ذلك بمنزلة انشاء رجوعهما عند القاضي فكان معتبرا (ومنها) أن يكون المتلف بالشهادة عين مال حتى لو كان منفعة لا يجب الضمان لان الاصل ان المنافع غير مضمونة بالاتلاف عندنا وعلى هذا يخرج ما اذا شهدا أنه تزوج هذه المرأة بالف درهم ومهر مثلها ألفان وهي تنكر فقضى القاضي بالنكاح بالف درهم ثم رجعا لا يضمنان للمرأة شيأ لانهما اتلفا عليها منفعة البضع والمنفعة ليست بعين مال حقيقة وانما يعطى لها حكم الاموال بعارض عقد الاجارة وكذا لو ادعت امرأة على رجل أنه طلقها على ألف درهم والزوج ينكر فشهد شاهدان فقضى القاضي ثم رجعا لم يضمنا للزوج شيأ لانهما بشهادتهما

اتلفا على الزوج المنفعة لا عين المال وعلى هـذا لو ادعى رجل أنه استأجر هذه الدابة من فلان بعشرة دراهم وأجر مثلها مائة درهم والمؤجر ينكر فشهد شاهدان وقضى القاضي ثم رجعا لا يضمنان للمؤجر شيأ لانهما بشهادتهما اتلفا المنفعة لا عين المال (ومنها) أن يكون اتلاف المال بغير عوض فان كان بعوض لا يجب الضمان سواء كان العوض عين مال أو منفعة لها حكم عين المال لان الاتلاف بعوض يكون اتلافا صورة لا معنى وعلى هذا يخرج ما اذا ادعى رجل على رجل أنه باع عبده منه بالف درهم والمشترى ينكر فشهد شاهدان بذلك وقضى القاضي ثم رجعا انه ينظر ان كانت قيمة العبد ألفا أو أكثر فلا ضمان عليهما للمشترى لان شهادتهما وقعت اتلافا بعوض فلا يكون اتلافا معنى فلا يوجب الضمان وان كانت قيمته أقل من ألف يضمنان الزيادة له لوقوع الشهادة اتلافا بقدر الزيادة ولو كانت الدعوى من المشترى والمسئلة بحالها ان كانت قيمته مثل الثمن المذكور أو أقل لا ضمان على الشاهدين للبائع لما قلنا وان كانت قيمته أكثر من ألف يضمنان الزيادة للبائع لان شهادتهما وقعت اتلافا بغير الزيادة وعلى هـذا يخرج ما اذا ادعت امرأة على رجل أنه تزوجها على ألف درهم والرجل ينكر فشهد لها شاهدان بذلك وقضى القاضي بالنكاح بالف ثم رجعا أنه ينظر ان كان مهر مثلها ألفا أو أكثر من ذلك لم يضمنا للزوج شيأ وان اتلفا عليه عين المال لانهما اتلفاها بعوض له حكم عين المال وهو البضع لانه يعتبر مالا حال دخوله في ملك الزوج بدليل أن الاب يملك أن يزوج من ابنـه امرأة ولو لم يعتبر البضـع مالا حال دخوله في ملك الزوج لما ملك لان الاب لا يملك على ابنـه معاوضـة مال بما ليس بمال وكذلك المريض اذا تزوج امرأة على ألف درهم وذلك مهر مثلها لا يعتبر من الثلث بل من جميع المال ولو لم يكن البضـع في حكم المال في حال الدخول في ملك الزوج لاعتبر من الثلث كالتبرع دل ان البضع يعتـبر مالا في حق الزوج حال دخوله في ملكه فكان الاتلاف بعوض هو في حكم عـين المال فلا يكون اتلافا معـنى وان كان مهر مثلها أقـل من ألف درهم يضمنان الزيادة على مهر المثل للزوج لانهما أتلفا الزيادة عليه من غير عوض أصلا وهذا بخلاف ما اذا ادعى رجـل على امرأة انه طلقها بألف درهم والمرأة تنكر فشهد شاهدان بذلك وقضى القاضي عليها بألف درهم ثم رجعا انهـما يضمنان للمرأة ألف درهم لانهما أتلفا عليها عين المال بغـير عوض أصلا لان البضع حال خروجـه عن ملك الزوج لا يعتبر مالا بدليل أن الاب لا يملك أن يخلع من ابنتـه الصغيرة على مال ولو فعل وأدى من مالها يضـمن ولو كان مالا لملك لانه يملك عليها معاوضة مال بمال وكذلك المريضة اذا اختلعت من نفسها حال مرضها على مال يعتبر من الثلث كالوصية ولو كان له حكم المال لاعتبر من جميع المال كما في سائر معاوضات المال بالمال واذا لم يكن له حكم المال حال الخروج عن ملك الزوج حصلت شهادتهما اتلافا عليهما من عوض أصلا فيجب الضمان وعلى هـذا يخرج ما اذا ادعى رجل أنه آجر داره من فلان شهراً بعشرة دراهم والمستأجر ينكر فشهد شاهـدان بذلك وقضى القاضي ثم رجعا فاما ان كان في أول المدة ينظر ان كان أجرة الدار مثل المسمى لا ضمان عليهما للمستأجر ولو أتلفا عليه عـين مال لكن بعوض له حكم عين المال وهو المنفعة لان المنفعة في باب الاجارة لها حكم عين المال وان كانت أجرة مثلها أقل من المسمى فانهما يضمنان الزيادة لان التلف بقدر الزيادة حصل بغير عوض أصـلا وان كانت الدعوى بعـد مضى مدة الاجارة فعليهما ضمان الاجرة لانهما أتلفا عليه من غير عوض أصلا فكان مضمونا عليهما وعلى هذا يخرج ما اذا شهد شاهدان على القاتل انه صالح ولى القتيل على مال والقاتل ينكر فقضى القاضي بذلك ثم رجعا انهما لا يضمنان شيأ للقاتل لانهما أتلفا عليه عين مال بعوض وهو النفس لان النفس تصلح أن تكون عوضا بدليل أن المريض وجب عليه القصاص فصالح الولي على الدية جاز ولا تعتبر من الثلث بل من جميع المال ولو لم تصلح النفس عوضاً لاعتـبر من الثلث دل ان هذا اتلاف بعوض فـلا يوجب الضمان الا اذا شهدا على الصلح بأكثر من الدية فيضـمنان الزيادة على الدية للقاتل لان تلف الزيادة حصـل بغير عوض ويمكن تخريج هذه المسائل على فصـل التسبب لان ما قابله عوض لا يكون اتلافا معنى فلم يوجـد سبب وجوب الضمان فلا يجب فافهم ذلك ويستوى في وجوب الضمان الرجوع

عن

عن الشهادة والرجوع على الشهادة حتى لو رجعت الفروع وثبت الاصول يجب الضمان على الفروع لوجود الاتلاف منهم لوجود الشهادة منهم حقيقة ولو رجع الاصول وثبت الفروع فلا ضمان على الفروع لانعدام الرجوع منهم وهل يجب الضمان على الاصول قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله لا يجب وقال محمد يجب (وجه) قوله أن الفروع لا يشهدون بشهادة أنفسهم وانما يفعلون بشهادة الاصول فاذا شهدوا فقد أظهروا شهادتهم فكأنهم حضروا بأنفسهم وشهدوا ثم رجعوا (وجه) قولهما أن الشهادة وجدت من الفروع لا من الاصول لعدم الشهادة حقيقة فانهم لم يشهدوا حقيقة وانما شهد الفروع وهم ثابتون على شهادتهم فلم يوجد الاتلاف من الاصول لعدم الشهادة منهم حقيقة فلا يضمنون وعلى هذا اذا رجعوا جميعا فالضمان على الفروع عندهما ولا شيء على الاصول لوجود الشهادة من الفروع حقيقة لا من الاصول وعند المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الفروع وان شاء ضمن الاصول لوجود الشهادة من الفريقين ولو لم يرجع أحد من الفريقين ولكن الاصول أنكروا الاشهاد فلا ضمان على أحد لانعدام الرجوع عن الشهادة ويستوى فى وجوب ضمان الرجوع رجوع الشهود والمزكين عند أبى حنيفة حتى ان المزكين لو زكوا الشهود فشهدوا وقضى القاضى بشهادتهم ثم رجع المزكون ضمنوا عنده وعندهما رجوع المزكين لا يوجب الضمان وجه قولهما ان رجوع المزكين بمنزلة رجوع شهود الاحصان لان التزكية ليست الا بناء عن الشهود كالشهادة على الصفات التى هى خصال حميدة ثم الرجوع عن الشهادة على الاحصان لا يوجب الضمان كذا هذا ولابى حنيفة أن التزكية فى معنى الشهادة فى وجوب الضمان لان الرجوع عن الشهادة انما يوجب الضمان لوقوعه اتلافا وانما يصير اتلافا بالتزكية ألا ترى أنه لولا التزكية لما وجب القضاء فكانت الشهادة عاملة بالتزكية فكانت التزكية فى معنى علة العلة فكانت اتلافا بخلاف الشهادة على الاحصان لان الاحصان شرط كون الزنا علة والحكم للعلة لا للشرط وأما بيان مقدار الواجب من الضمان فالاصل أن مقدار الواجب منه على قدر الاتلاف لان سبب الوجوب هو الاتلاف والحكم يتقدر بقدر العلة والعبرة فيه لبقاء من بقى من الشهود بعد رجوع من رجع منهم فان بقى منهم بعد الرجوع من يحفظ الحق كله فلا ضمان على أحد لانعدام الاتلاف أصلا من أحد وان بقى منهم من يحفظ بعض الحق وجب على الراجعين ضمان قدر التالف بالحصص فنقول بيان هذه الجملة اذا شهد رجلان بمال ثم رجع أحدهما عليه نصف المال لان النصف محفوظ بشهادة الباقى ولو كانت الشهود أربعة فرجع واحد منهم لا ضمان عليه وكذا اذا رجع اثنان لان الاثنين يحفظان المال ولو رجع منهم ثلاثة فعليهم نصف المال لان النصف عندنا بشهادة شاهد واحد ولو شهد رجل وامرأتان بمال ثم رجع الرجل غرم نصف المال لان النصف بقى بثبات المرأتين ولو رجعت المرأتان غرمتا نصف المال بينهما نصفين لبقاء النصف بثبات الرجل ولو رجع رجل وامرأة فعليهما ثلاثة ارباع المال نصفه على الرجل وربعه على المرأة لان الباقى ببقاء امرأة واحدة الربع فكان التالف بشهادة الرجل والمرأة ثلاثة الارباع والرجل ضعف المرأة فكان عليها الربع وعلى الرجل النصف ولو رجعوا جميعا فنصف المال على الرجل والنصف على المرأتين بينهما نصفان ولو شهد رجلان وامرأة ثم رجعوا فالضمان على الرجلين ولا شيء على المرأة لان المرأة الواحدة فى الشهادة وجودها وعدمها بمنزلة واحدة لان القاضى لا يقضى بشهادتها ولو شهد رجلان وامرأتان ثم رجعت المرأتان فلا ضمان عليهما لان الحق يبقى محفوظا بالرجلين ولو رجع الرجلان يضمنان نصف المال لان المرأتين يحفظان النصف ولو رجع رجل واحد لا شيء عليه لان رجلا وامرأتين يحفظون جميع المال ولو رجع رجل وامرأة فعليهما ربع المال بينهما اثلاثا ثلثاه على الرجل وثلثه على المرأة لانه بقى ثلاثة الارباع ببقاء رجل وامرأتين فكان التالف بشهادة رجل وامرأة الربع والرجل ضعف المرأة فكان بينهم اثلاثا ولو رجعوا جميعا فالضمان بينهم اثلاث أيضا ثلثاه على الرجلين وثلثه على المرأتين لما ذكرنا أن الرجل ضعف المرأة فكان التالف بشهادته ضعف ما تلف بشهادتها ولو شهد رجل وعشرة

نسوة ثم رجعوا جميعا فالضمان بينهم أسداس سدسه على الرجل وخمسة أسداسه على النسوة وهذا قول أبي حنيفة فاما عندهما فالضمان بينهم نصفان نصفه على الرجل ونصفه على النسوة وجه قولهما أن النساء وأن كثرن فلهن شطر الشهادة لا غير فكان التالف بشهادتهن نصف المال والنصف بشهادة الرجل فكان الضمان بينهما انصافا ولابي حنيفة أن كل امرأتين بمنزلة رجل واحد في الشهادة فكان قسمة الضمان بينهم أسداسا ولو رجع الرجل وحده ضمن نصف المال لان النصف محفوظ بشهادة النساء وكذا لو رجعت النسوة غرمن نصف المال لان النصف محفوظ بشهادة الرجل هذان الفصلان يؤيدان قولهما في الظاهر ولو رجع ثمان نسوة فلا ضمان عليهن لان الحق بقي محفوظا برجل وامرأتين ولو رجعت امرأة بعد ذلك فعليها وعلى الثمان ربع المال لانه بقي بثبات رجل وامرأة ثلاثة ارباع المال فكان التالف بشهادتهن الربع ولو رجع رجل وامرأة فعليهما نصف المال اثلاثا ثلثاه على الرجل والثلث على المرأة لان تسع نسوة يحفظن المال فكان التالف بشهادة رجل وامرأة النصف والرجل ضعف المرأة فكان بينهما اثلاثا ولو شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجع الرجل وامرأة فعلى الرجل نصف المال ولا شيء على المرأة في قياس قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وفي قياس قول أبي حنيفة رضي الله عنه نصف المال يكون عليهما أثلاثا ثلثاه على الرجل وثلثه على المرأة ولو رجعوا جميعا فالضمان بينهم اخماس عند أبي حنيفة خمساه على الرجل وثلاثة اخماسه على النسوة لان الرجل ضعف المرأة وعندهما نصف الضمان على الرجل ونصفه على المرأة لما ذكرنا أن لهن شطر الشهادة وان كثرن فكان التالف بشهادة كل نوع نصف المال والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا شهد شاهدان انه طلق امرأته ثلاثا والزوج ينكر وشهد شاهدان بالدخول فقضى القاضي بشهادتهم ثم رجعوا فالضمان عليهم أرباع على شاهدي الطلاق الربع لان شاهدي الدخول شهدا بكل المهر لان كل المهر يتأكد بالدخول والمؤكد حكم الموجب على ما مر وشاهدي الطلاق شهدا بالنصف لان نصف المهر يتأكد بالطلاق على ما ذكرنا والمؤكد للواجب في معنى الواجب فشاهد الدخول انفرد بنصف المهر والنصف الآخر اشترك فيه الشهود كلهم فكان نصف النصف وهو الربع على شاهدي الطلاق وثلاثة الارباع على شاهدي الدخول فاما الذي يرجع الى نفسه فنوعان أحدهما وجوب الحد لكن في شهادة مخصوصة وهي الشهادة القائمة على الزنا وجملة الكلام فيه ان الرجوع عن الشهادة بالزنا اما أن يكون من جميع الشهود واما أن يكون من بعضهم دون بعض فان رجعوا جميعا يحدون حد القذف سواء رجعوا بعد القضاء أو قبل القضاء أما قبل القضاء فلان كلامهم قبل القضاء انعقد قذفا لا شهادة الا أنه لا يقام الحد عليهم للحال لاحتمال أن يصير شهادة بقرينة القضاء فاذا رجعوا فقد زال الاحتمال فبقي قذفا فيوجب الحد بالنص وأما بعد القضاء فلان كلامهم وان صار شهادة باتصال القضاء به فقد انقلب قذفاً بالرجوع فصاروا بالرجوع قذفة فيحدون ولو رجعوا بعد القضاء والامضاء فلا خلاف في أنهم يحدون اذا كان الحد جلدا او ان كان رجما فكذلك عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله لا حد عليهم وجه قوله انهم لما رجعوا بعد الاستيفاء تبين أن كلامهم وقع قذفاً من حين وجوده فصار كما لو قذفوا صريحا ثم مات المقذوف وحد القذف لا يورث بلا خلاف بين أصحابنا فيسقط (ولنا) أن بالرجوع لا يظهر أن كلامهم كان قذفا من حين وجوده وانما يصير قذفا وقت الرجوع والمقذوف وقت الرجوع ميت فصار قذفا بعد الموت فيجب الحد هذا حكم الحد واما حكم الضمان فاما قبل الامضاء لا ضمان أصلا لعدم الاتلاف أصلا وأما بعد الامضاء فان كان الحد رجماً ضمنوا الدية بلا خلاف لوقوع شهادتهم اتلافا أو اقرارا بالاتلاف وان كان الحد جلدا فليس عليهم ارش الجلدات اذا لم يمت منها ولا الدية ان مات منها عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يضمنون وجه قولهما أن شهادتهم وقعت اتلافا بطريق التسبيب لانها تفضي الى القضاء والقضاء يفضي الى اقامة الجلدات وانها تفضي الى التلف فكان التلف بهذه الوسائط مضافا الى الشهادة فكانت اتلافا تسبيباً ولهذا لو شهدوا بالقصاص أو بالمال ثم رجعوا وجبت عليهم الدية والضمان كذا هذا ولأبي حنيفة عليه

الرحمة

الرحمة أن الاثر حصل مضافا الى الضرب دون الشهادتين لوجهين أحدهما أن الشهود لم يشهدوا على ضرب جارح لان الضرب الجارح غير مستحق فى الجلد فلا يكون الجرح مضافا الى شهادتهم والثانى أن الضرب مباشرة الاتلاف والشهادة تسبيب اليه واضافة الاثر الى المباشرة أولى من اضافته الى التسبيب الا انه لا ضمان على بيت المال لان هذا ليس خطأ من القاضى ليكون عطاؤه فى بيت المال لنوع تقصير منه ولا تقصير من جهته ههنا فلا شئ على بيت المال هذا اذا رجعوا جميعا فاما اذا رجع واحد منهم فان كان قبل القضاء يحدون جميعا عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يحد الراجع خاصة وجه قوله ان كلامهم وقع شهادة قذفا لكمال نصاب الشهادة وهو عدد الاربعة وانما ينقلب قذفا بالرجوع ولم يوجد الا من أحدهم فينقلب كلامه قذفا خاصة بخلاف ما اذا شهد ثلاثة بالزنا انهم يحدون لان هناك نصاب الشهادة لم يكمل فوقع كلامهم من الابتداء قذفا (ولنا) ان كلامهم لا يصير شهادة الا بقرينة القضاء ألا ترى انها لا تصير حجة الا به فقبله يكون قذفا لا شهادة فكان ينبغى أن يقام الحد عليهم بالنص لوجود الرمى منهم الا انه لا يقام لاحتمال ان يصير شهادة بقرينة القضاء ولئلا يؤدى الى سد باب الشهادة فاذا رجع أحدهم زال هذا المعنى فبقى كلامهم قذفاً فيحدون وصار كما لو كان الشهود من الابتداء ثلاثة فانهم يحدون لوقوع كلامهم قذفاً كذا هذا وان كان بعد القضاء قبل الامضاء فانهم يحدون جميعاً عندهما وعند محمد الراجع خاصة وجه قوله أن كلامهم وقع شهادة لاتصال القضاء به فلا ينقلب قذفاً الا بالرجوع ولم يرجع الا واحد منهم فينقلب كلامه خاصة قذفا فلم يصح رجوعه فى حق الباقين فبقى كلامهم شهادة فلا يحدون ولهما أن الامضاء فى باب الحدود من القضاء بدليل ان عمى الشهود أو ردتهم قبل القضاء كما يمنع من القضاء فبعده يمنع من الامضاء فكان رجوعه قبل الامضاء بمنزلة رجوعه قبل القضاء ولو رجع قبل القضاء يحدون جميعا بلا خلاف بين أصحابنا الثلاثة كذا اذا رجع بعد القضاء قبل الامضاء وان كان بعد الامضاء فان كان الحد جلداً يحد الراجع خاصة بالاجماع لان رجوعه صحيح فى حقه خاصة لا فى حق الباقين فانقلبت شهادته خاصة قذفاً فيحد خاصة وان كان الحد رجماً ومات المقذوف يحد الراجع عند أصحابنا خلافاً لزفر وقد مرت المسئلة هذا حكم الحد فاما حكم الضمان فلا ضمان اذا كان رجوعه قبل القضاء أو بعده قبل الامضاء لما قلنا وأما بعد الامضاء فان كان الحد جلداً فلا شئ على الراجع من ارش السياط ولا من الدية ان مات عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يجب وان كان رجماً غرم الراجع ربع الدية لان الثلاثة يحفظون ثلاثة ارباع الدية فكان التالف بشهادته الربع هذا اذا كان شهود الزنا أربعة فأما اذا كانوا خمسة فرجع واحد منهم فان القاضى يقيم الحد على المشهود عليه بما بقى من الشهود لان الاربعة نصاب تام يحفظون الحد على المشهود عليه وان أمضى الحد ثم رجع اثنان ضمنا ربع الدية ان مات المرجوم لان الثلاثة قاموا بثلاثة أرباع الحق فكان التالف بشهادتهما الربع فيضمنانه وان لم يمت فليس عليهما أرش للضرب عند أبى حنيفة وعندهما يجب وقد تقدمت المسئلة والثانى وجوب التعزير فى عموم الشهادات سوى الشهادة على الزنا بأن تعمد شهادة الزور وظهر عند القاضى باقراره لان قول الزور جناية ليس فيها فيما سوى القذف حد مقدر فتوجب التعزير بلا خلاف بين أصحابنا وانما اختلفوا فى كيفية التعزير قال أبو حنيفة عليه الرحمة تعزيره تشهير فينادى عليه فى سوقه أو مسجد حيه ويحذر الناس منه فيقال هذا شاهد الزور فاحذروه وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يضم اليه ضرب أسواط هذا اذا تاب فأما اذا لم يتب وأصر على ذلك بأن قال انى شهدت بالزور وأنا على ذلك قائم فانه يعزر بالضرب بالاجماع احتجا بما روى عن سيدنا عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه ضرب شاهد الزور وسخم وجهه ولان قول الزور من أكبر الكبائر وليس اليه فيما سوى القذف بالزنا حد مقدر فيحتاج الى أبلغ الزواجر ولابى حنيفة رحمه الله ما روى ان شريحا كان يشهر شاهد الزور ولا يعزره وكان لا تخفى قضاياه على أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم رضوان الله تعالى عليهم ولم ينقل انه أنكر عليه منكر ولان الكلام فيمن أقرانه

شهد بزور نادما على ما فعل لا مصراً عليه والندم توبة على لسان رسول الله
صلى الله عليه وسلم والتائب لا يستوجب الضرب حتى لو كان
مصراً على ذلك يضرب وفعل سيدنا عمر رضى الله عنه
محمول عليه توفيقا بين الدلائل والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ تم الجزء السادس ويليه الجزء السابع وأوله كتاب آداب القاضي ﴾

(فهرست الجزء السادس من كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع)

صحيفه

صحيفه

﴿ تمت ﴾